✠

POR

D. FRANCISCO DE GVZMAN Y RIBERA,

VEZINO DE SEVILLA, COMO

Heredero y ſucceſſor de ſus tres nietos difuntos, hijos de Don Iuan Antonio de Caſtro, y de Doña Maria de Guzman y Ribera, por las partes contenidas en la demanda pueſta en eſte pleyto por el dicho Don Franciſco de Guzman:

CON

LORENZO DE CASTRO,

SOBRE QVE SE CONFIRME LA SENTENCIA en primera inſtancia dada por el Alcalde Don Iuan de Leon.

AVNQVE En la primera inſtancia ſe dio vn papel breue por el dicho Don Franciſco de Guzman, en que ſe fundò ſu juſticia, porque ſiendo tan clara no neceſsitaua de mucho apoyo: pero oy obliga a eſcribirſe eſte con toda la preſciſion poſsible, para ſatisfazer a los fundamentos que en vn eſcrito en derecho de muchas ojas ſe ha dado por parte del dicho Lorenço de Caſtro, para alentar ſu pretenſion.

Suponēſe enel hecho y clauſulas delas capitulaciones matrimoniales, obligaciō y promeſſa de dote hecha por el dicho Lorenço de Caſtro al dicho Don Iuan Antonio de Caſtro ſu hijo, quando huuo de contraer matrimonio con la dicha Doña Maria de Guzman, hija del dicho Don Franciſco de Guzman, eſtar las partes conformes: y aſsi por no alargar eſte diſcurſo, no ſe

ponen a la letra, y se remiten a la alegacion contraria adonde estan puestas.

Y siguiendo el orden de la alegacion contraria, antes de entrar en la satisfacion de sus fundamentos, se assienta por supuesto proemial en el Articulo primero, que la mente e intencion de Lorenço de Castro y su muger, segun lo contenido en la promessa de dote que hizieron con su hijo Don Iuan Antonio de Castro, paraque tuuiesse efecto el matrimonio tratado con la dicha Doña Maria de Guzman, y segun lo dispuesto en derecho, fue en virtud y fuerça de contrato puro, perfecto, reciproco, vltro citroque obligatorio por causa onerosa, sin tener naturaleza de vltima voluntad, como pretende en este Articulo y Proemio fundar la alegacion contraria ex seqq. Conque de passo se satisfarà a lo ponderado de las Clausulas en contrario.

N.1. Lo primero, porque en las dichas Clausulas repiten dicho Lorenço de Castro y su muger dotadores, las palabras inductiuas precisamente de contracto, con las circunstancias referidas y exclusiuas de vltima voluntad, como son *Prometemos y nos obligamos*, que estan en la primera y segunda clausula, las quales induzen stipulacion y contracto, con obligacion precisa, pura e irreuocable, vt de verbo promittimus habetur in cap. 1. de inditijs, ibi: *Primò id promissit, &c.* Iuncta glosa, & communi interpretum sententia ibi: *Et in causa dotis*, sunt iura expressa in l. promittere de iure dotium, adonde Vlpiano in fragmentis ad eundem titulum explicò *Promittere dotem*, id est per stipulationem: idem in l. vltima de doli exceptione, cum multis allegat. Y en la palabra *Nos obligamos*, son llanos los rudimẽtos de la definiciõ, ibi: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluẽdæ*. l. debitor, de verb. signif. principio, inst. de obligationibus, & probatur ex iure nostro Patrio ex. l. 2. tit. 16. lib. 5. recopil. Y fue necessario poner este Vinculo a la obligacion, y aũ no basta quãdo solo la fe, trato y palabra solia bastar para cumplirse sin buscarse interpretaciones para excluir el cumplimiento. Vnde Cicero ad Atticum lib. 1. epist. 4. *Eleganter, neruos* (inquit) *ad quæ Artus esse sapientiæ non temerè credere nunquam enim tuta fides.* Virgil. 4. Æneidos, Ouidius epistola. 16.

Et tarda solet magnis fides in esse rebus,
Nam rata fides vbi iam peior est, fortuna ruit.

Quien dixera que ya que oy la malicia comun falta al cumplimiento de lo tratado simplemente, quando la fortuna se muda,

faltàra

faltàra al cumplimiento de vna escriptura de vn contracto con tantas obligaciones, prometiendo y obligandose Lorenço de Castro y su muger por ella a su cumplimiento, en vn matrimonio que hizo de su hijo, tan principal como con la dicha Doña Maria de Guzman, por vna muerte, y dos que sucedieron de los contrayentes, y otras de tres hijos suyos.

2 No solo con las dichas palabras se prueba q̃ las capitulaciones y promessa de dote fue por contracto entre viuos, eficaz, puro, sin tener nada de vltima voluntad reuocable, sino con otras muchas expressadas en la escriptura, ibi: *Nos obligamos de hazer buena, y que serâ cierta y segura, y que en esto no aurâ embarazo, ni impedimẽto alguno.* Et ibi: *Nos obligamos de le satisfazer, cumplir y pagar al dicho nuestro hijo la cantidad que faltâre para cumplir los dichos veinte mil ducados en los demas nuestros bienes.* Et ibi: *De que nos constituimos por sus inquilinos, e reales deudores de la dicha cantidad.* Et ibi: *De que se ha de poder hazer pago de su mano.* Et ibi: *Para lo qual desde luego para quando lo tal succeda, porque assi es concierto, contra lo qual no hemos de poder dezir, ni alegar cosa en contrario, y si lo dixeremos o alegaremos, que no valga.* Todas estas palabras no solo son de contracto entre viuos, puro, e irreuocable, sino contrarias omnino a vltima voluntad; lo qual demas de ser notorio, y constar de los interpretes mejores para esto, que son los Escriuanos Monterroso, y Ribera en las escripturas de contractos, que las ponen a la letra, ex sequentibus suo ordine fulcitur.

3 Primò, quoniam priora verba, ibi: *Nos obligamos de hazer cierta y segura, &c.* son de contracto puro entre viuos, e irreuocable, l. 1. vbi Doctores cõmuniter de euictionib. l. illa stipulatio. 67. de verb. oblig. en que tambien se conoce no puede entenderse auer de ser esta capitulacion, y promessa de naturaleza de vltima voluntad, pues en ella jamas el que la haze dize se obliga de hazer buena y segura la herencia, o legado, o quier que le dexàre, antes estan pendientes de su voluntad, que puede reuocarlo todo vsque ad vltimum suę vitæ exitum, sin que se pueda hallar modo por donde sea firme e irreuocable, ni que el testador estè obligado a cumplirla, y a que al heredero o legatario no se le pondra embarazo. l. 5. §. vlt. l. 4. de adimendis legatis; bonus textus in. l. sed si vir. 32. §. quod legaturus, de donat. inter. secundum veram interpretationem, voluntas enim vltima sola morte fit secura, & irreuocabilis, vt ex. l. 92. de verb. significatione, & alijs Simon de Pretis lib. 2. de interpretatione vlt. volunt. interpret.

1. de

1.de.dubit.1.solutione.9.n.7. & in nostro proposito eleganter Petrus Gregorius lib.41.sintagmatum, cap.2.n.9. *Instituitur porro hæres (inquit) vt ipse voluntatem defuncti exequatur, secundùm postrema verba definitionis testamenti, de eo quod post mortem suam testator fieri voluit, quæ constituunt differentiam inter voluntates vltimas testamenti, & voluntates contractus, cùm in testamentis variare liceat, & mutare placita vsque ad mortem; quia eorum effectus post mortem tantùm est: at in contractibus nescit vox semel missa reuerti, & effectum sine retractatione statim contractus accipit, & statim fit creditor, & debitor contractu innito, etsi sub conditione in tempus mortis executio deferatur, &c.* Et allegat iura in.l.cùm hic status.§.ait oratio, de donat.inter.in.§. posteriore, instit.quibus modis testamenta infirmentur.l. incommodato, §.sicut commodati.l.sicut ab initio, de oblig & action.l.is cui sub conditione, eodem tit.§.ex conditionali, instit.de verb. Palabras y decisiones que deciden este caso, y satisfazen a lo que tantas vezes repite Lorenço de Castro en su alegacion, que por auerse diferido la paga despues dela muerte de su muger, y suya, y para quenta dela legitima, que no la ay, nisi post mortem, es vltima voluntad, y no contracto lo contenido en dichas capitulaciones, pues el diferirse la paga post mortem etiam expressè no quita que la obligacion sea de contracto puro e irreuocable, vt infra latiùs constabit.

4 Segun lo qual, y que este cõtracto quedò puro e irreuocable por las dichas palabras de hazer cierta y segura la paga de los veinte mil ducados, aunque dilatada in tempus mortis, como puede pretenderse que sea vltima voluntad y condicional cõtra toda su sustancia y naturaleza, en tanto grado, que enel testamẽto, o vltima voluntad no se puede hazer contracto irreuocable, ya que el disponẽte estè obligado a cumplir, vt ex verbis aureis legis licet.19.C.de pactis, eleganter Petrus Gregorius libr.42. syntagmatum, cap.9.ex.n.3.ibi: *Tamen contractus qui absorbet naturam actum testandi, esse compati cum testamento nequit, & ideo pactum de successione deferenda inter disponendum factum cùm libertatem mutandæ voluntatis absorbeat, quæ propria est testamentis non admittitur, &c.* Luego aunque en su testamento los dichos Lorenço de Castro y su muger mandàran y señalàran a su hijo los dichos veinte mil ducados para despues de sus dias, obligandosele a que le serian ciertos y seguros, &c. no podia ser vltima voluntad la que no se podia variar, ni quitar lo assi señalado, quanto menos estãdo en vna escriptura publica de obligacion y promessa de dote,

con dicha obligacion de ſaneamiẽto y firmeza irreuocable, deferida ſola la paga poſt mortem, aunque la obligacion pura; quod idem ex l. verba contraxerunt. 20. de verborum ſignificatione tenent multi congeſti ab Oſualdo lib. 6. comment. 8. lit. E. Y por no alargarnos en diſcurſo tan cierto en la vltima voluntad, no ſe halla modo por donde ſe haga irreuocable, etiã iuramento interpoſito, ni en ella con efecto puede el que manda, o diſpone obligarſe a no reuocar, iuxta l. vulgò cognitam in l. ſi quis in princip. teſtament. de leg. 3. exornant multis Spino de teſtament. gloſ. 30. per totam, maximê à princip. & n. 84. Gutierrez de iuramen. cap. 1. per totum, Molina lib. 4. de primog. c. 3. n. 33. Greg. per text. ibi in l. 22. glo. 2. & in l. 25. glo. 1. tit. 1. par tit. 6. Sarmiento lib. 3. ſelect. c. 14. ad finem, Zeuall. q. 767. & q. 211. Gratianus diſceptat. 48. n. 20. & ex ſcholaſticis Cuiatius libro. 14. obſ. cap. 7. Ant. Fab. de erroribus decad. 37. error. 8. Petrus Barboſa in l. quæ dotis. n. 113. ſolut. matrim cum alijs. Con lo qual de todas las palabras referidas de las capitulaciones que induzẽ irreuocabilidad, ſe conoce fue vn contrácto perfecto, puro e irreuocable, y no vltima voluntad, vt ſingulariter infra in reſponſione contrariorum patebit.

5 Eſtando en las dichas capitulaciones todas las dichas palabras tan claras y poderoſas que aſsiſten a la pretenſion de Don Franciſco de Guzman, no es de creer que Lorenço de Caſtro en ſu alegacion las dexò por abſcõdidas, o las perdonô por pobres, antes por tan poderoſas, que no les hallô congrua ſatisfacion, y ſe vale para hazer vltima volũtad, o por lo menos darle efectos de tal, de algunas que pondera, que no tienen fuerza, como es dezir, *Que geminadamente ſe dize en ellas, que ſeñalan por capital, &c.* Y *que eſta palabra es de taſſacion, præſertim nõ facta traditione*. Lo qual fuera bueno y a propoſito, ſi ſe le pidieſſe mas de los veinte mil ducados que ſeñalò; pero no ſe le pide mas, y aſsi eſtamos dẽtro de la taſſacion. Pero para el caſo y duda de eſte pleyto que induze eſta palabra? Y el lugar de Cancerio que alega en eſta parte, ſe le concedemos todo, pero no en lo que dixo es vltima volũtad, porque fue con la palabra *lego*, y que aqui interuinieſſe, pues dizen dicho Lorenço de Caſtro y ſu muger, *que mandan*: a la qual palabra correſponde, *lego*; porque debiera aduertirſe que en el lugar de Cancerio dize: *Vſa ſiquidem fuit verbo lego, quod conuenit vltimæ voluntati, & actum vltimæ voluntatis importat, non verò dono, &c.* Segun lo qual, no fue mucho lo tuuieſſe por accion de vltima voluntad;

luntad; pero en estas capitulaciones no solo geminadamente, sino muchas vezes vsa de las palabras de contracto irreuocable, de quibus proximè dictum extat. Conque se excluye todo lo q̃ se funda en la alegacion contraria desde el num. 10. hasta. 13. inclusiuè.

6 Pondera asimismo dicho Lorenço de Castro en el. n. 14. versic. Et denique, para lleuar adelante su intento, las palabras de la segunda capitulacion, ibi: *Y en el interin que no sucedierẽ en los dichos veinte mil ducados, &c.* La qual palabra *sucedieren*, dize es de vltima voluntad, no de contracto, y esto lo funda con muchas decisiones y doctrinas: y aunque no se le niega, como lo dize, quòd latè ita intelligitur, pero tambien se dize suceder ex contractu. Bonus textus in. l. de succesionibus. 14. vers. planè, de diuersis & temporalibus præscript. *Planè* (inquit Scæuola) *tribuuntur ijs qui in locum aliorum succedunt ex contractu, &c.* Et per Doctores ibi in. l. emptoré. C. de locato: latè Caldas Pereira de empt. & vend. cap. 26. Y en este caso adonde toda la contextura, como va ponderado, es de promessa de dote por contracto reciproco, no donació causa mortis, ni legado libre, lucroso y vtil sin obligacion; pues la dicha Doña Maria de Guzman de su parte se obliga a cõtraer dicho matrimonio, y a la paga de la dote que con ella le prometio su padre, es cierto que la dicha palabra *suceda*, que general y latamente accipitur de vltima voluntate, se ha de entender y reduzir a que se entienda en el interim que por este contracto no sucediere en los veinte mil ducados, pues la palabra *suceder*, etiá in iure vsurpatur ex contractu. d. l. de accessionib. Pro qua parte facit etiam, quoniam pacta intelliguntur secũdùm actus cui adhærent. l. lecta. 40. vers. Dicebam, de rebus creditis: ac per cõsequens cùm hæc pacta apposita sint ad contractum matrimonij indissolubile. l. 2. de ritu nupt. & apud Mathæum. 5. & Marcũ 9. assi tãbien el pacto ha de ser indissoluble, è irreuocable. Alioquim decepta remaneret vxor aduersus bonam fidem & legem, quarum interpretatio captiosam liberalitatẽ fregit. l. cũ Aquiliana, de transactionib. eleganter Petrus Gregorius lib. 41. syntagmat. cap. 7. n. 2.

7 Y porque la razon, o palabra general que puede entenderse de contracto o vltima voluntad, se reduze a la especie en que se halla escrita de contracto, vt multis exornat Riccius in collect. decis. 19. 4. p. collect. 1100. Stephanus Gratianus discept. forens. cap. 795. n. 18. Barbosa de clausul. clausul. 62. Rota apud Zachi,

Zachi post tract. de oblig. Cam. decis. 111. ex n. 1. Conque aunque la palabra *mandamos* latè & generaliter importet vltimam voluntatem, puesta en vna escriptura de contracto y promessa de dote ex causa onerosa matrimonij reciprocamente obligatoria, juntas tantas palabras de obligacion e irreuocabilidad como las que van ponderadas, se ha de expecificar y restringir a contracto, como la palabra *suceder* en particular, quando no repugna a la naturaleza de contracto. d. l. de accessionib. y las demas ponderadas de contrario, repugnan a la naturaleza de vltima voluntad ex supradictis.

8 Y finalmente en el num. 16. de su alegacion, insistiendo el dicho Lorenço de Castro en querer hazer esta promessa de dote vltima voluntad (que no solo para esto es el neruio de su pretension, sino de todo lo demas que funda en toda su alegacion) pondera que los dichos veinte mil ducados, los assigna a su hijo pro legitimis, & in rationem legitimarum tempore mortis, de adõde infiere ser vltima voluntad, o por lo menos donacion causa mortis, para lo qual en primer lugar pondera la ley. 1. §. si impuberi, de collat. bon. y luego la ley. 2. §. interdum de vulg. l. cum quæritur, C. de inoffic. testamen. Las quales decisiones fueran de de importancia quando se disputàra: Si al tiempo de la muerte no se hallassen bienes bastãtes para esta paga, o se hallassen mas si podrian pedirse todos veinte mil ducados, o mas? De qua questione latê Gutierrez lib. 3. pract. q. 60. ex n. 3. Molina, Sarmiento, Gregor. Lopez, & multi congesti à Velasco axiomatum iuris verbo Bona. Dñs. Larrea allegatione fiscali. 76. per totam. Y aũ en estos terminos siendo cosas, o quantia cierta con clausulas de obligacion y constituto, es cierta y comun opinion q̃ desde luego quedò perfecta y adquirida la donacion a el dicho Don Iuan Antonio de Castro, aunque la paga fuesse despues de la muerte de sus padres: porque quando la donacion, o pacto, o promessa es de la legitima que huuiere de auer despues de la muerte de sus padres, o por mejora de tercio y quinto, està expuesta a crecer auctis bonis, y a minorarse diminutis bonis, y la clausula del cõstituto, ni las demas obligatorias en los bienes, o quantia no señaladas, segun la opinion de muchos, no transferia dominio, ni adquieren derecho luego al dicho donatario, vt multis disputãt Gutierrez lib. 3. pract. cap. 65. n. 28. dñs Larrea. 1. p. decis. Granatens. 10. ex n. 32. & 2. p. decis. 52. n. 17. & allegatione fiscali. 76. ex n. 18. Pero en estos actos y capitulaciones matrimoniales hu

no

uo quantia señalada de veinte mil ducados, en que desde luego quedò derecho y dominio adquirido al dicho Don Iuan de Castro, con la clausula del constituto, y demas referidas, aunque la paga se dilatasse por legitima post mortem parentis; y en quanto a esta quantia tendria, y tendràn mejor derecho el dicho Don Iuan de Castro si viuiera, y sus hijos o sus herederos, q̃ otro qualquier acreedor que despues contratasse con dicho Lorenço de Castro, como de todo el discurso y razones del señor Larrea dicta alleg. 76. rectè colligitur. Clausula autẽ constituti in nostro casu apposita est certæ quãtitatis, ibi: *De que nos constituimos por sus inquilinos, y reales deudores de la dicha cantidad*. Idem tenet Angulo de meliorat. in l. 3. glos. 6 & in l. 4. glos. 6. & in l. 4. glos. 4. & in terminis Dñs Ioannes del Castillo tom. 4. cap. 35. n. 61. ibi: *Nec contradicit ab ipsomet Angulo resolutum, & scriptum in. l. 7. glos. 4. n. 4. quia ibi loquitur in donatione certæ rei, cuius verè vel fictè sit tradita possessio, de quã pater disponere non potest; nos autem loquimur (sicut idem author vbi proximè) in melioratione tertij, aut tertij & quinti, pro qua assignatio fit in re certa, tunc namque potèst assignatio reuocari, licèt melioratio aliâs irreuocabilis sit, cùm non consistat in ea melioratis substantia (mox subiungit nostram speciem) contra tamen si esset eiusdem rei assignatæ traditio facta, vt inquit Angulus, vel esset certæ rei & fictæ, etiam per clausulam constituti, fieret traditio, vt ibi, quia substantia meliorationis, non modò in ea consistit, sed etiam in ea dumtaxat facta est, &c*. Y la razon es, porque ya la donacion quedò perfecta, y no se puede reuocar l. perfecta donatio. C. de donat. quę sub modo; siendo asi que vno de los modos referidos en la ley. 17. de Toro, por donde queda perfecta e irreuocable, es la clausula del constituto.

9 Rursus, porque este contracto y promessa fuit ex causa matrimonij, y aunque conferida la paga post mortem, non perinde iudicatur vt vltima voluntas, quia legitima non dicatur nisi post mortem, siquidem fauore matrimonij, & ne defraudetur qui eo prætextu contraxit, nec etiam liberi, aut hæredes eius, non semper inspicitur legitima tempore mortis, sed etiam tempore contractus & permissionis. Tenent in terminis videndi Molina lib. 4. de Hispan. primog. cap. 2. nu. 82. vers. Hæc tamen omnia, Ayora de partitionib. 3. p. quęst. 26. vers. Sed quod si iudex, Matienzus in. l. 3. tit. 6. glos. 4. & in. l. 3. tit. 8. glos. 9. lib. 5. recopil. & cum multis dñs Ioannes del Castillo. d. tom. 4. cap. 35. n. 59. ibi: *Et sic vno dumtaxat eorum casu irreuocabilis est omnino melioratio, quando scilicet ex causa onerosa matrimonij facta fuerit, &c*.. Et statim redit

ratio-

rationem communem; *quoniam melioratus possit eligere, vt valor tertij & quinti non secundum tempus mortis; sed secundum tempus factæ meliorationis consideretur, quod specialiter fauore matrimonij dispositum est in l.29. Tauri, quæ est lex.3.tit.8.lib.5. Recop.&c.* Y aunque estas doctrinas proceden en lo que se promete pro melioratione, idé procedit ex causa legitimæ: nã æquè melioratio regulaturà tẽpore mortis, sicut legitima: q̃ es el fundamẽto por donde quiere Lorenço de Castro que no estuuiesse pura, perfecta, è irreuocable esta promessa y donacion, y adquirido en ella derecho al dicho su hijo: y aunque el señor Larrea quiso que la ley .29. de Toro no procediesse en favor del matrimonio, sino de la dote, dicta allegatione.76. contra todos los referidos, de qua resolutione dubitamus valdè, nihilominus en este caso fue dote dado a Don Iuan por su padre, de tal manera, que aliàs no se contraxera el matrimonio, pues para esse dia se prometiò y purificò la obligacion y adquisiciõ, aunque la paga se dilatasse post mortem, vt infra latiùs demõstrabitur. Et de hac re latiùs infra agendum est.

10 De lo dicho se infiere, que no obstan los textos que en contrario se alegã, porque la ley .1. §. si impuberi, no es del caso, y aquel texto tiene varios entendimientos, porque en el quisieron algunos, que la quarta que se debe al hijo, ex constitutione Diui Pij, en los bienes del padre arrogador, se le deba no como deuda ex contractu, sino vt hæredi ex vltima voluntate, de tal suerte, que si el hijo arrogado muere en vida del padre que le arrogò no trãsmita a los herederos el derecho de pedir la dicha quarta, y parece assi lo dà a entẽder el Cõsulto, ibi: *Sed hoc ita demum si iam nata est quartæ petitio; cæterũ si adhuc pater adoptiuus viuat, qui eum emancipauit, dicendum est cautionum quoque cessare primatura: est enim hæc species collationis cum adhuc viuat is, cuius de bonis quarta debetur, &c.* Y assi lo sintieron muchos, Lucas de Pena in l.1. columna.6. post princip. C. de priuilegijs eorum qui in Sacro Palatio milit. lib.12. Bart. & Alberic. in d. §. si impuberi, & cõgesti à Emmanuele Acosta in quæstione patrui, & nepotis.1. parte, in solutione ad tertium argumentum, & latiùs in l. qui duos. §. cum in bello, de rebus dubijs, num.3. vers. *Contra quos.* La contraria opinion es mas cierta, que la dicha quarta se debe al hijo arrogado ex contractu, y que la transmite al heredero aunque muera en vida del padre arrogador: pro qua certa, & indubitata senten-

sententia facit, quod dicta quarta debetur tãquam ęs alienum l. Papinianus. 8. §. si impubes, de inoffic. testamento. Luego no como herencia ex vltima voluntate, sino como deuda ex contractu. Secundò expendo bonum text. in. l. 2. §. si quarta familię ercisciscundæ, ibi: *Filium arrogatum in quartam, nec esse hæredem, nec bonorum possessorem.* Tertiò facit idem Consultus in eodem. §. si impuberi, ibi: *Quia personalis actio est, quod perinde est ac si diceret, quia hæc actio nõ est in rẽ, id est hæreditatis petitio, nec ita scilicet impubes sibi vindicat quasi hæres bonorum arrogatoris quartã partem, sed agit in personam, & ideò hanc actionẽ in hæredem transfert, vt his verbis eleganter explicat ea verba, Cuiatius videndus omnino, lib. 1. sent. Pauli, tit. 13. §. vltimo, tãdem alijs omissis facit, quia textus in. d. §. si impuberi, loquitur expresse in filio arrogato emancipato, cui quarta debetur ab eo instanti quo emãcipatus fuit. §. cũ autẽ, Inst. de adopt. l. 2. C. eod. tit. huic autem nõ malè comparatur is qui ex causa irreuocabili promissit cùm moreretur Titio stipulanti quartam bonorum, nam cum promissit, statim adstringitur, nõ tamẽ, vt interim actio ad petendum nascatur, & nihilominus æs hæreditariũ est, tametsi statim cum eo agi non possit ante mortem: singularis text. in. l. hæreditariũ, de bonis authorit. iud. possid. quo exẽplo pater qui arrogauit ex tempore quo sine causa emancipauit, statim adstrictus est, licèt statim, vt petatur ab eo non sit cum effectu obligatus ad quartam nisi post mortem, & quartæ quãtitas ex mortis tempore pendeat. l. vlt. si quid in fraudem patroni, vt ex Alex. & Bart. in. l. 2. si quis à parente fuerit manumissus, considerat Costa in. d. §. cum in bello, vers. Secundum quod.* Palabras tan indiuiduales y decisiuas deste caso, que no reciben en derecho cõgrua satisfacion, conque queda Acosta en este punto, aunque no en el entendimiento referido, ad text. in. d. §. si impuberi, pero siguenle comunmente el que lleuamos, Oldraldus consil. 224. incipit, istæ sunt allegationes. n. 37. Ioannes Licerier in tract. primogeniturę, lib. 1. quæst. 25. Guillelmus Benedictus, cum multis videndus in cap. Rainuntius, verbo, *in eodem tract.* n. 189. de testamentis, & cum multis Canonistis, & legum interpretibus, Costa vbi supra, vers. *Contra quos*, & vltra relatos Cuiatius. d. lib. 1. sent. Pauli, tit. 13. §. vlt. Benedictus Pinellus lib. 2. select. cap. 4. num. 3. y que en el dicho. §. si impuberi, se transfiriò el derecho de la quarta a los herederos del hijo arrogado aunque muriesse viuo el padre, sin embargo de que no le puedan pedir caucion viuiendo por razõ particular de aquel caso, q̃ no milita en el deste pleyto, se dirà y tratarà infra en el pũto de

de la transmission hecha a Don Francisco de Guzman por la muerte de sus nietos, y de la caucion, segun y como vno y otro se declarò por la sentencia del Inferior, adonde tambien se explicarà la ley 2. §. interdum, de vulg. que todo el habla en herēcia, substitucion pupilar, que todo es vltima voluntad reuocable, y no tiene nada de contrato irreuocable, como lo tiene la promessa hecha en este caso.

11 Ni obsta la ley cum quæritur. C. de inofficioso testamento, que en dicho nu. 16. de su alegacion pondera dicho Lorenço de Castro para hazer esta capitulacion de vltima voluntad; y dize assi explica dicha ley cum alijs adductis Pichardo in. §. vltim. Inst. de inofficioso. n. 35. siendo assi, que ni alli pōdera la dicha ley cum quæritur, ni aun la alega, porque no prueba nada deste caso, sino que dexada la quarta al hijo, no tiene querella, porq̄ en aquel tiempo la quarta era legitima. Y la opinion de Pichardo. d. num. 35. que parece habla mas en el caso, diziendo, que la donacion inter viuos ea adiecta clausula, vt in quartam legitimam imputetur vim relicti habeat, la apoya con la ley. 3. §. si debita patrono, de bonis libertorum, el qual texto pondera dicho Lorenço de Castro en su alegacion en el num. 16. referido in fine, no haze fuerça alguna, porq̄ en la especie de aquel texto se trata de excluyr al Patron de la bonorū possession contra tabulas liberti, por hallarse cō la porciō q̄ le debiò dexar in premiū libertatis receptæ: y en este caso dize el Consulto, q̄ agora el liberto le donasse donatione causa mortis la legitima porcion, agora por donacion entre viuos contemplatione tamen debitæ portionis, al Patron no le compete la contra tabulas. Todo lo qual se funda en razones juridicas (que a este caso no se aplican) en la donacion causa mortis, quoniā donatio causa mortis, licet quodāmodo contractibus æquiparētur, quia traditione, vel stipulatione fit. §. 1. Instit. de donat. magis tamen assimilantur vltimis voluntatibus. d. §. l. 2. de public. in rem actione, cum similibus, en la donacion entre viuos hecha contemplatione debitæ portionis, porq̄ quasi donata portio causa mortis imputabitur patrono in quartam, vel tanquam agnita repelletur à bonorum possessore contra tabulas: deinde quoniam ea lege donata fuit, vt in quartam imputaretur, vt patet ibi: *Contemplatione tamen debitæ portionis donata fuit, quomodo testator viuus videtur Patrono prouidere*, vt aliàs elegāter Cōsultus in. l. cū

quo,

quo.56.§.interdũ,ad legẽ falcid.quod nõ solùm in Patrono respectu liberti procedit, verumetiam in patre respectu filij, iuxta text.in.l.sed si non mortis.25.de inofficioso testamento, que pudiera põderarse mas en los terminos de hijo. Pero nada desto es del caso, fueralo quando se tratàra de excluyr al hijo, ò sus herederos de la querella, y de impugnar el testamento del padre, y que imputasse en la legitima los veinte mil ducados, que todo es assi, y se lo confessàmos, no porque este contracto tẽga naturaleza de vltima voluntad, sino porque consigue la legitima, ex iudicio patris expresso, y esto bastò en el Patron, y en el hijo tuuo mas dificultad, ex traditis ab Ant.Fab.in rationali ad text in.l.Papinianus.§.si quis mortis, & in.d.l.si nõ mortis, Pichardo in §.vlt.Inst.de inoffic.testam.num.32.Donello lib.19. comment.cap.4.vbi Osualdus cum multis duplicata TT. y siépre es cierto, quod donatio illa inter viuos manet, licèt facta contemplatione legitimæ, nam vt eleganter Corrasius in.l.filium.24.C.familiæ erciscundæ, tit.legitima, num.107.vim relicti habet illa donatio inter viuos ad validitatem, & cõfirmationẽ, nam aliàs filio in potestate facta propter re adquisitionem inutilis foret: de suerte que alli para que tenga fuerça, y quede firme la donacion vim relicti habet, & vt patris voluntas rata habeatur volentis donatum filio firmum manere computatione, & imputatione legitimæ, que es cõforme a los principios de la Iurisprudencia, de quibus in.l.quoties, de rebus dubijs: y en este caso del pleyto quieren los Abogados de Lorenço de Castro que este contracto firme, reciproco, puro, y perfecto tenga naturaleza de vltima voluntad, para que no tenga efecto la voluntad, no solo de Loréço de Castro, sino de su muger, hijo, y nuera, q̃ fue de hazer vna obligacion pura, perfecta, irreuocable, y transmissible en favor de los herederos, pues alias el matrimonio no tuuiera efecto; segun de las clausulas ponderadas consta: ac per consequens contra aliam Iurisprudentiæ definitionem quieren, quod inducta ad vnum effectum operentur contrarium, contra vulgarem decisionem legis legata inutiliter.18. de adimendis legat. Y del lugar de Conano que alega en el dicho num.16 de su alegacion, no ay que hazer mencion, porque en el libro.9. no tiene cap.20. y el cap.10.n.6. en que le alegò Robles de repræsentatione, lib.2.cap.16.nu.31.palabra no trata del punto: manet ergò firmum promissione m

nem dotis factá, de qua in pactis, & clausulis nuptialibus re..., naturam contractus perfecti, puri, & transmissibilis habere á quoscumque hæredes etiam extraneos, vt ex supra dicendis apparebit.

FVNDAMENTVM PRIMVM Partis adversæ diluitur.

12 CON la mayor brevedad possible se satisfarâ singulariter a cada vno de los fundamentos de la alegació contraria: y a lo que en ellos se pódera en el primero desde el num. 18. buelve a insistir que no fue cótracto el de estas capitulaciones, sino vltima voluntad, que està bastantemente probado lo contrario supra ex num. 1. cum seqq. Y para bolver al mismo punto se vale de quatro doctrinas de Hugo de Celso cons. 320. num. 43. Cancerio lib. 3. variar. cap. 7. nu. 87. conque por yerro le alega en el lib. 1. de Fontanella de pact. nupt. claus. 4. glos. 9. part. 5. num. 20. de Pedro Gregor. lib. 41. syntagm. cap. 7. num. 17. que cita Fontanella, que los alega todos: a las quales doctrinas se responde facilmente, quod procedunt in hereditamento facto à parentibus tempore contractus matrimonij in fauorem filiorum ex eo matrimonio nasciturorū, vt constat ex Cancerio loco relato ibi, hoc est lib. 3. var. cap. 7. num. 87. que es el lugar en que se funda la alegacion contraria, aunque por yerro se alega lib. 1. *Constat enim expressè ex illis verbis parentes in suo contractu matrimoniali hæreditarunt filios ex illo matrimonio, &c.* Pero lo contrario serà si per donationé, aut cótractum, q̄ en este caso expressis verbis dize el mismo Cancerio lib. 1. c. 8. nu. 65. *Quod si matrimonium fuit secutū, & moriatur sine filijs, patre superstite, transit in hæredē extraneum filij; non verò reuertitur ad patrē.* Y alega a Thesauro, Ioan Baptista, Costa, Tello Fernandez en los lugares que refiere, y assimismo lib. 3. var. resolu. cap. 21. num. 105. que es el caso deste pleyto. Y para que se conozca ser esto assi, in d. cap. 8. lib. 1. auiendo dicho lo referido num. 65. dize luego: *Secùs esse duxi in hæreditamento facto per cóiuges, tempore contractus matrimonij in fauorem filiorum ex illo matrimonio nasciturorum*, y se alega en el lib. 3. c. 7. n. 87. que es el lugar q̄ en la alegacion contraria se pondera.

13 Lo segundo se responde, que aun el caso referido de heredamento facto, quando in eo præter fauorem filiorum, quibus fit concurrit alterius interesse, veluti matris, & aliorum, qui ex

D parte

parte ipsius in pacto, & hæreditamento faciendo concurrunt, quorum interest firmum manere, & ideò propter hoc irreuocabile maneret, nec est necessarium quod superuiuãt filij propter naturam eorum, quæ in vim supremi iudicij valent. Son palabras de Cancerio, que pondera Fontanella con razon alabãdolas, videndus de pactis nupt. d. glos. 9. 5. p. clausula. 4. num. 21. que es el caso deste pleyto: a que se allega q̃ el hereditamento, mayorazgo, ò mejora, que de su naturaleza habent vim vltimę voluntatis, & ideò & reuocari possunt, & superviuentia requirũt eius, in cuius fauorem fiunt, mutãt naturã, & efficiuntur de natura contractus, vt nec reuocari posint, nec superviuentia desideretur, & transmittatur ad quoscumque hæredes, quando in fauorem certi matrimonij fiunt cum aliquo tertio; vt ex. l. 17. & 44. Tauri, ibi: *Por causa onerosa con otro tercero*, tradũt Scribentes omnes, ibi Molina de primogenijs, lib. 4. cap. 2. ex num. 18. Fontanella de pactis nupt. claus. 4. glos. 1. ex num. 17. cum seqq. vbi num. 19. hæc verba proponit indiuidua ad nostrã speciẽ: *Quia iste promissiones, pars & portio censentur esse ipsius contractus matrimonij, in quo fiunt, & cum toto ipso contractu confunduntur, vtilitatemquè concernunt: nedum donatarij, sed & mulieris secum contrahentis, & illius parentum, &c.* Palabras que sin mas ponderacion deciden el caso presente deste pleyto.

14 Queriẽdo ajustar al caso deste pleyto Lorenço de Castro en su alegacion, todo lo que ha discurrido, para q̃ esta capitulaciõ matrimonial hecha despues de sus dias, y para pago de su legitima, y que sino alcançare a los dichos veinte mil ducados, sea mejora en tercio y quinto, sea vltima voluntad y no cõtracto; desde el num. 19. en adelante procura apoyar, que auiendo muerto el dicho su hijo y su nuera en su vida, no pudo transmitir este derecho al dicho Don Francisco de Guzman por la muerte de sus tres nietos, que tambien murieron en vida del dicho Lorenço de Castro y su muger; antes dize se hizo caduca esta mdãa, y q̃ aunq̃ respecto de los nietos tuuiera mas dificultad si viuierã por ser herederos suyos al dicho su padre, pero q̃ respecto del dicho Don Francisco de Guzman, q̃ como estraño sucede: ex. l. nã etsi parentibus. 15. de inof. l. 6. Tauri, cũ similibus, no ay transmisiõ, sino caducidad llana en este punto, que es el proprio, se fundarà que huuo transmision llana en fauor del dicho Don Francisco de Guzman, como heredero forçoso de

de sus nietos, y se responderà a lo que en contrario se considera.

15 Lo primero, porque en las dichas capitulaciones la mẽcion que se hizo de la muerte de Lorenço de Castro y su muger, no la haze vltima voluntad, ni donacion causa mortis, sino mero, puro, perfecto, e irreuocable contracto, porq̃ la mencion de la muerte se puso demonstrativè per modum demonstrationis temporis solutionis, no dispositivè (lo qual semper præsumitur in dubio, ex doctrina Bart. in l. cum pater. §. meus, num. 8. de leg. 2. & in l. Centurio, num. 31. de vulgari, Romanus cõl. 343. Fontanella de pactis nupt. claus. 4. glos. 3. num. 2. & 3.) y en tal caso ni es donacion causa mortis, ni vltima voluntad, sino contracto, vt multis benè exornat Carrot. decis. 84. num. 9. Molina lib. 4. de primog. cap. 2. à num. 40. Mieres de Maiorat. 1. part. q. 30. & quæst. 38. Matienço in l. 7. tit. 10. lib. 5. Recopil. glos. 1. ex num. 10. D. Ioannes del Castillo lib. 5. controuers. cap. 80. ex num. 6. vers. *Atque ita*, Felicianus de censibus, lib. 1. cap. 10. nu. 24. Anton. Fab. de erroribus, decade. 45. errore 1. cum seqq. & cum multis Hermosilla in l. 11. tit. 4. p. 5. glos. 1. num. 13. & 18. Y en las capitulaciones presentes, el dia de la muerte de Lorenço de Castro y su muger, no se puso a la disposicion, ò obligaciõ, sino demonstrativè a la dilacion de la paga que no auia de ser hasta despues de la muerte, vt constat ibi: *En fin de los largos dias de nuestras vidas*, iunctis seqq. ibi: *De que nos constituymos por sus inquilinos, y reales deudores de la dicha cantidad.* Et ibi: *Para que la aya en fin de los dias de nuestras vidas.* La qual clausula es la que a la letra va explicando Fontanella dicta glos. 3. y afirma ser contracto puro transmissible, no donacion causa mortis, ni vltima volũtad, vt infra demonstrabitur. Coligese assimesmo que la mencion de la muerte puesta en esta capitulacion, fue a la dilacion de la paga, no a la obligacion, que luego desde el otorgamiento quedò contraida, porque la causa expressa fue para que tuuiesse efecto el matrimonio tratado con la dicha Doña Maria de Guzman, vt constat ex clausula ibi: *Desde luego para quando tenga efecto el dicho casamiento, &c.* y esta hizo que no fuesse vltima voluntad, ni donaciõ causa mortis, sino promessa etiam conferida post mortem, y cõtracto puro, perfecto, e irreuocable; aliàs enim nõ potuisset hoc matrimonium habuisse effectum, vt supra diximus, & latè defendunt Fontanella vbi proxime num. 8. latè & eruditè Aymon Craueta cons. 214. cuyo

caso

caso es el deste pleyto, Borninus Caualcanus .1. p. decis. 42. de contractibus, Carrotio dict. decis. 84.

16 Pruebase esto ser llano e indubitable, porque si fuera donacion causa mortis con naturaleza de tal, y de vltima voluntad, por auerse hecho despues de los dias de Lorenço de Castro, y de su muger, y para en quenta de la legitima: ò no bastando por mejora, que es todo lo que considera en toda su alegacion, para que se auia de obligar con tanta fuerça, y tantas palabras de firmeza e irreuocabilidad, como son, *Señalamos, ofrecemos, y mandamos*, y luego las gemina ibi: *Los quales le prometemos y mandamos*. Et ibi: *Nos obligamos de hazer buena, y que le serà cierta y segura, y que en esso no aurâ embaraço ni impedimento alguno*. Et ibi: *De que nos constituymos por sus inquilinos y reales deudores*. Et ibi: *E nos obligamos de le satisfazer, cumplir, y pagar al dicho nuestro fijo la quantidad que faltare para cumplir los dichos veinte mil ducados en los demas de nuestros bienes, de que se ha de poder hazer pagado de su mano, sin que ninguno de nuestros herederos se lo puedan impedir?* Quando se ha visto donacion causa mortis, ò vltima voluntad con tales clausulas de perpetuidad, obligacion, e irreuobilidad, que todas son de contracto, y contrarias a vltima voluntad, ò a donacion causa mortis? vt in simili elegãter expẽdet Craueta .d. cõs. 214. n. 1. & 2. ibi: *Sed considerando effectum donationis, vel promissionis voluit donator, quod donatio esset pura, simplex, & irreuocabilis, & quod annullari non posset: ergo licèt Notarius apposuerit illud verbum causa mortis, quia illa verba contraria effectui donationis, irreuocabilitatis, &c. dispositio enim sic debet interpretari, ne inducat contrarietatem*, cap. inter dilectos, §. certum, de fide instrument. & per Doctores in .l. vbi ita donatur, de donationibus causa mortis: en la vltima voluntad no ay perpetuydad, ni irreuocabilidad, ni en la donacion causa mortis, antes vna y otra el que la haze puede reuocarla .l. 3. §. vlt. cum .l. sequenti, de adimendis legatis, in .l. cum hic status 32. §. ait oratio, de donat. inter .l. non videtur. 32. l. illud. 37. de donat. causa mortis, y es tan llano esto, q̃ en testamento aunque se vse de la palabra, *contracto*, tẽdrà naturaleza reuocable de vltima voluntad, y no se puede hazer en el irreuocable, argumẽto text. in .l. contraxerunt. 20. de verb. signific. Petrus Gregor. lib. 42. synt. cap. 9. n. 3.

17 En tanto grado es cierto esto, que no se halla modo conque vna voluntad vltima, ò vna donaciõ causa mortis se haga irreuocable,

uocable, quedandose en naturaleza de vltima voluntad, ô donacion causa mortis. l. cum duobus. §. idem respôdit pro socio, ibi: *Nec libertatem de supremis iuditijs restringere quis poteri?* Tradunt post Bart. & Scribentes in l. si quis, in principio, num. 11. de leg. 3. Boerius decis. 204. ex num. 18. Molina lib. 4. de primogenijs, cap. 2. nu. 2. ibi: *Illa namque quæ in testamento instituta sunt, nullo pacto valent irreuocabilia effici; non enim potest inueniri via, ex qua testamẽta irreuocabilia fiant, &c.* & allegat legem. 25. tit. 1. p. 6. Luego todas las palabras referidas de las dichas capitulaciones, que induzẽ irreuocabilidad y firmeza de no poderse contrauenir a ellas, ni se pôdrà embaraço, y seràn ciertos y seguros los dichos veinte mil ducados que se prometen, y las semejantes referidas no pueden ser de naturaleza de vltima voluntad, ni donaciõ causa mortis; y es cierto que cõ tales palabras de perpetuidad, y que la promessa le serà cierta y segura, y no puesto ningũ embaraço, aunque fueran puestas en donacion causa mortis passara a contracto y donaciõ entre viuos irreuocable, iuxta text. & ibi notata in l. vbi ita donatur, de donat. causa mortis, de qua & l. cũ præcario, de præcario vidẽdi, Couarr. in Rubrica de testamẽtis, 2. part. num. 12. congesti multi à Molina. d. lib. 4. cap. 2. ex num. 40. cum seqq. & vltra eos Peralta in Rub. de leg. 2. num. 50. Alfanus collect. 365. Ant. Augustinus lib. 4. emend. cap. 14. Menoch. lib. 3. præsumpt. 35. nu. 5. Petrus Barb. in l. quæ dotis. 34. n. 114. solut. matrim.

18 No se discurre mas en este punto por ser tan llano, quãdo no fuera por lo dicho, que bastaua, porque siendo hecha esta promessa ex causa matrimonij, bastaua para hazerse irreuocable, pura y perfecta, quãdo de su naturaleza fuera reuocable, y mas hecho no solo en favor de su hijo de Lorẽço de Castro, sino en vn contracto oneroso y reciproco con la dicha Doña Maria de Guzman, para que tuuiesse efecto el matrimonio, en que nadie pone duda, es puro, e irreuocable, ex. l. 17. & 44. Tauri, ibi: *Por causa onerosa con otro tercero*, Molina. d. lib. 4. cap. 2. ex num. 16. Tellus Fernandez ibi ex num. 72. & Scribentes omnes, y no puede afirmarse, ni se podrà dezir por el dicho Lorẽço de Castro ni sus Abogados, que en vida de los contrayentes a quien se hizo la promessa de los veinte mil ducados, pudiera reuocar esta promessa, porque fuera absurdo conocido, y assi nunca lo dizen: pues como quieren que tenga naturaleza de vltima voluntad en nada?

19 Resta para ajustar este punto aueriguar con euidencia, que aunque la paga se destinò para despues de la muerte de los dichos Lorenço de Castro y su muger, que sin embargo queda en fuerça y valor de contracto puro, e irreuocable, y que aunque murieron en su vida los dichos Don Iuan de Castro, y Doña Maria de Guzman, nihilominus se transmitiò este derecho a sus hijos, y por su muerte a sus abuelos paterno y materno, que son dicho Lorenço de Castro, y Don Francisco de Guzman, sin que se hiziesse caduco, como en contrario se pretende, quod vtrumque ex sequentibus comprobandum censeo.

20 Primò, porque la mencion de la muerte, como lleuamos dicho en este papel, no se puso a la promessa y su obligacion en lo sustancial, sino a la paga, de tal suerte, que la obligacion se contraxo luego, y demonstratiuè se defiriò la paga post mortem de los obligados, como parece por muchas palabras ponderadas supra, y siempre en duda se presume assi: dixolo todo Aymon Craueta dicto consilio. 214. num. 6. ibi: *In proposito si promissor voluit efficere actum irreuocabilem, istud debet inspici non sonus verborũ.* Et ibi: *Secundò respondeo, quod illa verba causa mortis, in dubio censentur apposita demonstratiuè, nõ autem dispositiuè, &c.* Et satis in proposito num 8. ibi: *Vbi Doctores considerant quid prius præcedat ad iudicandũ contractum, sed in casu nostro præcedunt verba pertinẽtia ad obligationem, contractum, siue donationem inter viuos, igitur verba illa causa mortis posita posteà stabunt demonstratiuè, & fuit anteà.* Doctrina hæc Baldi in l. vbi ita donatur, de donat. causa mort. & cũ multis Fontanella in terminis indiuidualibus nostri casus, de pact. nupt. claus. 4. glos. 3. num. 2. ibi: *Cæterùm supradictis non obstantibus in contrarium est veritas, quod imo sit donatio inter viuos, quia licèt in aliqua donatione fiat mentio mortis, si tamen ea sit demonstratiuè, vel per modum demõstrationis, non per modum causæ, & dispositionis, quod semper in dubio est præsumendum, Bart. in. l. Centurio, num. 31. de vulg. &c.* Romanus cõs. 343. idem Fontanella num. 4 supra, ibi: *Item quando mentio mortis fit in vim, & per modum dilationis, & taxationis temporis in quo donatio effectum esset habitura, prout in nostro casu, tunc donatio dicitur inter viuos (ac per consequens irreuocabilis) non causa mortis, non obstante quod de ea fiat mentio, &c. Couarr. in Rub. de testamentis. 3. p. c. 23. Menochius de præsumpt. præsumptione. 35. nu. 11. &c.* Y para que no quede nada sin indiuiduarse al caso, esto es mas llano, quando ex causa matrimonij fit promissio, vel donatio fit cũ mentione mortis, vt

ex

ex Franco decis. 436. nú. 10. Fontanella .d. claus. 4. glos. 3. n. 8. vbi satis pulchrè inquit: *Tertiò hæc donatio non potest iudicari causa mortis in nostro casu, in quo habemus causam expressam, quare ea fiat contemplatione, videlicet, matrimonij cui conuenit esse irreuocabilem? aliàs enim hoc matrimonium non potuisset habere effectum, prout latè superius in præcedenti glossa tradidimus, &c.* quod idem in terminis Boerius Carrotius, & alij congesti ab eo. Palabras tan decisiuas deste caso, que parecen agenas de satisfacion. Y en el num. 9. porque no quedasse nada que dudar, dize: *Operabitur igitur mentio mortis in nostra donatione (ne aliàs concedamus in ea esse aliqua verba superflua) quod donatores toto tempore vitæ suæ, retinebant vsumfructum bonorum donatorum, quæ tum demū ad donatarium peruenient cum ipsi decesserint, &c.* & tradit multos videndos.

21 De aqui se infiere por legitima y precissa consequencia, que por muerte de los dichos Don Iuan de Castro, y Doña Maria de Guzman, en vida de los dichos Lorenço de Castro y su muger, no se caducò esta donacion y promessa, porque no es causa mortis, que siendolo tuuiera lugar auerse caducado, l. nō omnes, vbi DD. si certū petatur, prin. Instit. de donat. sino inter viuos, como va probado: y en esta especie no se caduca mortuo donatario ante donatorem. l. quidam testamento, vbi Doctores, de leg. 1. porque entonces se dize vn acto, ò disposicion condicional, quando aquello de que se quiere induzir condicion denota causa final, y no impulsiua: doctrina original de Bart. in l. demonstratio. §. quod autem, num. 13. de condit. & demonstr. a quien siguieron muchos, q̄ junta Tiraquello in tract. cessante causa, limitat. 1. num. 60. Surdo decis. 232. num. 7. & eleganter Fontanella vbi supre, num. 13. ibi: *Quia se inuicem non compatiuntur, quod huiusmodi donatio sit inter viuos, & conditionalis cùm statim atque conditionalis esset, iam desineret esse inter viuos, quia id quod conditionalem eam faceret, efficeret eam causa mortis, non inter viuos donationem, vt Doctores supra relati docent & signanter Barbosa in. l. quæ dotis, num. 108. vers. Tertio limita, &c.*

22 Segun lo dicho, esta promessa, pacto, o donacion, lo que mas se le podia dar por la pretension del dicho Lorenço de Castro es, que fuesse in diem, y en este caso la accion y obligacion nace luego, y la paga se dilata, y el exercicio de ella hasta que llegue el dia. l. cædere diem, de verb. sign. l. vnica. C. vt actiones ab hæredibus, & contra hæredes, & in terminis ex Celso consi.

115.

115.num.1.vers. *Sed nec*, Fontanella d.glos.3.num.14.facit tex. in.l.cẽtesimis.46.de verb.§.2. Inst. de oblig. melior tex. in.l. 3.§.vlt. de constituta pecunia.l.1.l.5.de nouationibus, in quibus obligatio in diem non est inutilis ante diem; quia & constitui, & nouari potest, licêt cum effectu peti nequeat, ex ea ratio huius sententiæ certissima est, quia dies adiectus non pertinet ad verba promissionis, nec substãtiam eius cum tempus nõ sit modus inducendæ obligationis.l.obligationum.44.§.1.de oblig.& act.sed ad verba executionis, quæ sui natura delationẽ recipiunt: obligatio enim est iuris, executio verò facti, vt eleganter Cuiac.lib.25.obs.cap.10. Ioannes Robertus lib.1 sent. cap.26.& ex multis Donellus, & Osualdus lib.15.com.cap.8. lit.D.qui respondent ad.l.si ita scriptum.46.§.1.de leg.2. ibi: *Nam nec pertinet ad nos antequam dies veniat, scilicet vt peti possit.* Costa select.cap.20.num.5.Gutierrez de iuram. confirm.1.p. cap.25.Osuald.ad Donellum lib.8.comm.cap.17.lit.B.

23 Replicase a esto por Lorenço de Castro en muchas partes de su alegacion, que el dia desta promessa fue despues de su muerte, y de su muger, y que este dia como incierto haze condicion, iuxta vulgaria iura in.l.1.l. dies incertus, de conditionibus & demonstr. en particular que aunque sea cierto que ha de venir, pero es incierto el quando, pues puede suceder como sucediò, que el hijo y nuera acreedores muriessen antes: y esto basta para caducarse esta promessa, y que no se transmita por lo menos al dicho Don Francisco de Guzman, como heredero estraño de sus nietos: para lo qual se pueden ponderar los textos in.l.1. vers. *Dies autem incertus*, ibi: *Hæres meus cum morietur decem dato, nam diem incertum habet mors eius, & ideò si legatarius anteâ decesserit ad hæredẽ eius legatum nõ transit, quia non cessit, iuncta.l.hæres meus.78. de cond. & dem. vbi Papinianus elegãter facit differentiam inter relictum Titio cum ipse morietur, vel quando hæres morietur. Primo casu purum est legatum, quia certum est debitum iri existentia diei: Secundo verò casu minimè, nam potest legatarius ante hæredem debitorem decedere, & tunc nõ transmittitur.* Luego pues en nuestro caso la promessa fue no despues de la muerte del acreedor, sino del obligado, que fue Lorenço de Castro, condicional fue para caducarse, y no transmitirse, auiẽdo muerto antes el acreedor que el deudor. A lo qual se satisfaze llanamente, que en las vltimas voluntades es cierta doctrina y distincion la referida, pero no en los contractos y estipu-

estipulacion como la de que se trata en este pleyto, y està probado, iuxta text. in l. si pupillus. 9. §. 1. de nouat. ibi: *Qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, purè videtur stipulari*, adõde la glossa pone el exemplo, veluti cum moriar, vel si Antichristus nascetur: y aunque en los contractos el dia omnino incierto, id est, an, & quando futurus sit, faciat conditionem l. stipulatio ista. §. inter incertã, de verb. Pero el de la muerte, aunque es incierto el quando, es cierta su existencia. l. quod si ea, de conditione indebiti, & in nostra propria specie Fontanella vbi supra. n. 15. ibi: *Prout in die mortis, & is proculdubio conditionem non importat, sed imò pura nihilominus remanet dispositio, quæ post mortem concipitur, &c.* conque parece se cierra la puerta a este discurso.

24 Y es muy de ponderar en nuestro proposito, y fauor de estas doctrinas lo que infiere de ellas Fontanella vbi proximè. n. 16. ibi: *Hæc sufficere forsam potuissent ad huius rei quam tractamus declarationem, absque eo quod recurrere debemus ad refugium. §. ex conditionali, de inst. verbo. permittentis transmissionem ad hæredes quoscumque in stipulationibus conditionalibus decedente eo, in cuius fauorẽ factæ sunt ante conditionis euentus, &c.* De suerte que cõcluye, que lo que en esta disputa se cansaron Aluaro Valasco consultatione. 122. volu. 2. Peregrinus de fideicomm. art. 51. num. 10. Cancerio. 3. p. var. cap. 21. de transm. à num. 96. cum seq. Y lo mismo respondo a lo que Lorenço de Castro se cansa, y sus Abogados en su alegacion desde el num. 28. hasta el fin del primer Fundamẽto, porq̃ supuesto que va fundada esta promessa auer sido pura, y solo su paga y execucion dilatada post mortem debitoris, no ay que tratarse del. §. ex conditionali, que habla en contracto condicional, ni si la condicion por muerte de Don Iuan de Castro en vida de sus padres, ni si se auia de cumplir en su persona, y para ello era necessario sobreuiuiesse el dicho Don Francisco, pues todo esto no procede en obligacion pura, & statim contraida.

25 Llegase a lo dicho, para que sea puro y transmissible este cõtracto ad quoscumq; heredes etiam extraneos del dicho Don Iuan, la clausula de la capitulacion, ibi: *Desde luego para quando lo tal suceda, &c.* a que corresponde ex nunc prout ex tunc, la qual es bastante para impedir la caducacion deste derecho y contracto, aunque muriessen Don Iuan de Castro, y Doña Maria de Guzman su muger en vida de los dichos Lorenço de

Castro y su muger, vt ex multis Mantica de coniecturis vltim. volunt. lib 11. cap. 20. num. 11. & ex alijs Fontanella en los terminos de nuestra clausula, glos. 3. clausula. 4. nu. 26. ibi: *Si autem in huiusmodis donationibus apponerentur dictiones nunc pro tunc, veluti dicendo sicut in nostra donatione dicitur Dono post tamen obitum, & non ante ex nunc pro tunc tali casu, id sume viciaret ad tollendam caducationẽ, imò id solùm efficeret ne per mortem donatarij ante donatorem contingentem fieret caduca donatio, sed ad hæredes transiret, pro vt pluribus comprobant Borninus Caualcanus decis. 19. num. 100. lib. 3. &c.* Palabras al parecer concluyentes, y agenas de satisfacion, con las quales aunque esta donacion ò promessa se aya hecho post mortem de Lorenço de Castro y su muger, y para en quenta de su legitima, y no alcançando por mejora con dicha clausula, aunque el hijo y su muger donatarios y acreedores muriessen, antes se transmite a todos sus herederos. Lo qual no solo en los contractos, pero aun en las vltimas voluntades con la clausula ex nunc prout ex tunc, lo admiten comunmente supra citati, licèt contradicat Bart. in. l. si is qui pro emptione, num. 55 de vsucap.

26 La razon de la resolucion referida es, porque por dicha clausula desde agora para entonces la disposicion ò cõtracto es puro, & absque conditione aliqua, cùm non significet præsentem verbi actum, sed futurum effectum. l. lecta. 40. si certum petatur, & sic translatio dominij à die inite donationis contractus, ex doctrina aurea Baldi in authent. contra rogatus, in princip. C. ad Trebell. Vincent. de Franchis decis. 213. in princip. dicens id fuisse per vtrumque cõsilium habitum pro indubitabili Fõtanella vbi proximè num. 27. vbi glos. 4. latè de hac clausula Barbosa de clausul. d. clausula.

27 La clausula del constituto, como està puesta en esta capitulacion, haze puro este contracto, y transmissible, in quocũque euentu ad hæredes quamtumvis qui donauit, & promissit post mortem suam supervivat donatario, dize la clausula: *Que nos constituimos por sus inquilinos, e reales deudores de la dicha cantidad, &c.* De que se colige, que desde el dia del otorgamiento quedá por reales deudores de los veinte mil ducados Lorenço de Castro y su muger, y como debitum, & æs alienum transmitieron el poderlos pedir a qualesquiera herederos los dichos Don Iuan de Castro, y Doña Francisca de Guzman, aunque no sobre-

brevuiuiessen, pro qua sententia expendo tex singularem in.l.1. §.si impuberi, de collatione bonorum, segun su verdadera interpretacion, adonde la quarta que se debe al hijo arrogado en los bienes del padre arrogador, secundum rescriptum Imperatoris, de quo in.l.si arrogator.22.de adop.in.§.cum autem, Inst. eodem titulo, debetur quidem tanquam æs alienum.l.Papinianus.8.§.si quis impubes, de inof.testam. Y de aqui nace, q̃ aunq̃ muera el arrogado en vida del padre arrogador, ad quoscumq; hæredes trãsmittit quartę petitionem, ex .d.§.si impuberi, ibi: *Et magis est vt ad hæredes trãsferat, quia personalis est actio.* Nec obstãte verba sequẽtia, ibi: *Sed hoc ita demũ si iã nata est quartæ petitio: cæterũ si adhuc pater adoptiuus viuat, qui eũ emancipauit dicendum est, cautionem quoq; cessare, primatura est enim hæc species collationis, cũ enim adhuc viuat is, cuius de bonis quarta debetur.* Nã hęc verba nõ sũt referẽda ad priora, ibi: *Et magis est vt ad hæredes trãsferat, sed ad collationẽ quæ cautione fieri petebatur, ne nouũ est vt licèt cautio denegetur, vt primatura trãsmissioni tamen locus sit,* iuxta tex.in.l.2.§.interdum, de vulg. elegãter Costa in.l.qui duos.§.cum in bello, num.4. de rebus dubijs. Y el no poderse pedir la caucion en aquel texto, y en este caso auerse mandado dar a Lorenço de Castro en la sentencia del Ordinario, tiene razon particular, q̃ se ponderarà en el fin deste discurso y alegacion.

28 Y que esta clausula del constituto puesta obre el que no se caduque esta promessa y donacion, por no auer sobrevivido Don Iuan de Castro, y Doña Maria de Guzmã a los dichos Lorenço de Castro y su muger, y se transmitiesse no solo a sus hijos, sino al dicho Don Francisco de Guzman por la muerte de sus nietos como a su heredero, por la porcion expressada en la sentẽcia del Ordinario, en los terminos indiuiduales desta clausula lo traen Tello Fernandez in.l.17.num.39.40.&.41. Tiraquello de iure const.ampliatione.16. Fontanella.d. claus.4. glos.3. num.24. cuius verba tanquam decisiua nostræ speciei putaui trãscribere: *Licèt (inquam) inquit) vt ad nostram argumentationem reuertamur supradicta difficultatem mouere videantur aduersus ea, quæ in nostri fauorem dicebamus de clausula constituti ad hoc, vt ipsa iubet ne possit dici caduca fieri donatio decedente donatario ante donatorẽ, nihilominus in nostro casu ea omnia cessant, in quo dispositio non est conditionalis, sed imò pura solo illius effectu in tempus mortis suspenso, quo in casu clausulam constituti suam retineret naturam, & solitum effectum translationem*

latio nem possessionis operari, &c. Con las quales doctrinas debierá quietarse los dichos Lorenço de Castro y su muger, pues son tan llanas, no traidas torcidas obtrocto collo.

29 Con lo dicho se satisfaze a todo lo que en su alegacion pondera dicho Lorenço de Castro; porq las doctrinas de los numeros. 18. y. 19. loquuntur (maximè el de Cancerio lib. 3. variar. cap 7. num. 87.) que repite por dos vezes, y es el principal de su fundamento, loquitur in hæreditamentis del Reyno de Cataluña, los quales por costumbre particular de aquella Prouincia, admitida antiguamente en su Senado, son admitidos cõtra regulas iuris: y assi explicando esta doctrina de Cancerio Fontanella de pactis nupt. claus. 4. gl. 9. p. 5. desde el num. 18. hasta el 23. hallandose sin poder satisfazer a las doctrinas de Molina lib. 1. de primog. cap. 12. per totum, maximè. n. 21. Peregr. de fideicomm. art. 51. num. 24. circa finem, concluye con estas palabras: *Et quamuis contra supradicta satis nobis ampsam materiam darent Ludouicus Molina de primogenijs lib. 1. cap. 12. num. 21. quatenus vult non posse dari vltimam voluntatem, quæ reuocabilis non sit, vt inde inferremus, quod si propter rationes à Cancerio consideratas, vel aliàs irreuocabilia fiunt nostra hæreditamenta dici non poterunt habere vim vltimæ voluntatis, & supremi iudicij, sed imò meri contractus inter viuos, non secus atque de maioratu idem Molina refert, quando is irreuocabilis fit ex appositione clausulæ constituti pacti de non reuocando, aut aliàs & Petrus Gregor. lib. 41. cap. 9. ac etiam alia quæ ego ipse mecum cogitabam, veluti quod soleant cum iuramento fieri isthæc hæreditamenta, imò propter iuramentum defendetur eorum validitas, quod facit in continenti, vt contractum purum, & perfectum valere ea quæ aliàs expectassent mortem ad confirmationem, vt nos iam diximus circa donationem patris in filium, & passim dicunt omnes, qui in iure scripserunt, licèt hæc, & ea quæ ex Molin. supra dicebamus, & alia quæ philosophari potuissemus, viderentur materiam dare contradicendi his quæ ex Cancerio de nostris his hæreditamentis retulimus, quia tamen ea magis habent de consuetudine quam de iure, vt fatentur omnes qui de pacto succedendi, & his donationibus quæ solent in capitulis matrimonialibus fieri agunt, & videtur consuetudo in nostra Cathalonia sic introduxisse, & recepisse, &c.* Con esto se responde en los terminos a los dichos lugares referidos en los numeros dichos 18. y. 19. y al de Cancerio, y al de Molino, que en el num. 20. de la alegacion contraria se pondera, y al nu. 27. sin que se pueda hallar cosa cõtraria, pues en nuestra escritura de capitulaciones

ay,

 388

ay clausula de constituto, pacto de no reuocar, ni contrauenir a ella juramento de la muger de Lorenço de Castro, obligada que fue, quien pudo jurarla como muger.

30 Y es en tanto grado, que los hereditamentos de Cataluña son de consuetudine contra ius, en particular que tengan naturaleza de vltima voluntad: nam pacto fiebant in Cathalonia, quis autem vnquam vidit hęreditaté pacto donari posse, vel in contractu hæredem institui, & successionem promitti contra legem hæreditas, cum similibus. C. de pactis conuentis, certi enim sunt modi deferendæ hæreditatis. l. si cum duabus sequentibus, de petitione hæreditatis, inter quos non est is modus, vt pacto dari possit. Pulchrè Osascus decisione Pedemontana. 100. nu. 17. &. 24. verba sunt aurea Fontanellæ de pactis nupt. claus. 4. glos. 9. p. 4. num. 2. &. 3. vbi per totam glossæ partem multa traddit quibus apparet contra ius, hæc hæreditaméta admissa fuisse, ex consuetudine in Cathalonia fauore matrimonij, vt actus potius valeat quam pereat, & ideò nec in Cathalonia habere iam in Senatu authoritatem, imò inualida cũ hodie ex omni parte multis exornat idem author videndus omnino, claus. 10. glossa vnica, parte vnica à principio, & ferê per totam.

31 Concluyente y ciertamente queda satisfecho cõ lo referido a la opinion de Cancerio, y los demas alegados por la alegació de Loréço de Castro de hęreditamentis. No obsta tampoco lo que en el num. 21. y. 22. se pondera en contrario, cerca de dezir, que aunque Don Iuan Antonio transmitiò a sus hijos la esperáça incierta de suceder en los dichos veinte mil ducados, pero no por muerte de los hijos en vida de Lorenço de Castro y su muger, se transmitiò en Don Francisco de Guzman su abuelo materno, ex regula qua transmissio fit in hæredem cum eadem qualitate, qua ius transmissum est penès transmittentem. l. si quis filium. §. 1. de acquir. hæredit. & ex tradditis à Cancerio lib. 3. var. cap. 21. num. 147. Y assi concluye, que pues premurieron no se puede negar faltò la condicion, & ad nihilum redđactum est ius nepotum defunctorum. l. si ita sit scriptum. 45. §. si sub conditione, de leg. 2. l. qui hæredi. 44. §. fin. de condit. & demonst. y consolidado en el nieto que oy viue, hermano de los predefunctos. A esto todo, y a lo demas que junta en su alegacion. n. 23. 24. y. 25. se satisfaze con que este pacto, donacion,

ò promessa no fue condicional, sino pura, perfecta, e irreuocable, cō derecho adquirido a los dotados, y sus hijos, solo deferida la paga in tēpus mortis, como queda assentado, & traddit cum multis Fontanella. d. claus. 4. glos. 3. Con lo qual la transmission no tiene duda, como si en ser heredassen los nietos los veinte mil ducados, y por su muerte sus abuelos, y lo q̃ se pondera es todo en vltima voluntad condional, y nada en contracto puro.

32 Es mucho de ponderar, que en el num. 30. se gaste mucha pōderaciō en la ley quod depariter. 17. de rebus dubijs, para probar, que aunque en aquel la dote se prometio por la madre a su hija, porque fue debaxo de condicion adimplēda in personam filiæ, scilicet, si sobreviuiesse a su madre, que por no auer sobreviuido no se transmitiò: porque el contracto cōdicional aunq̃ muriendo el acreedor pendente conditione se transmite a sus herederos. d. §. ex conditionali, Instit. de verb. esto no ha lugar quando la condicion erat adimplenda in personam creditoris, & ista morte defecit: y pone el exemplo. Veluti si creditor conditionalis superviuat. d. l. quod depariter, & traditis pro eà Fontanel. d. claus. 4. gl. 24. n. 35. Porq̃ se satisfaze solo cō dezir, que la promessa de los veinte mil ducados fue pura sin nada admisto de condicion, ni extrinseca, nec adimplēda in personam de Don Iuan Antonio de Castro. Con lo qual, que està tan fundado supra, el supuesto para ponderar todo esto es falso, de que aqui huuiesse condicion de que huuiesse de sobreviuir Dō Iuan de Castro à sus padres, ni expressa como entendiò Bart. la ley quod depariter, ò tacita, segun Paulo de Castro ibi num. 2. Couarr. lib. 2. var. cap. 7. n. 8. Menoch. lib. 6. de presumpt. præsumpt. 50. n. 7. Barb. in. l. Gaius. 46. n. 16. soluto matrimonio, y es llano, porque en esta capitulacion ni se dize que si muriere Don Iuan de Castro en vida de sus padres, han de bolver a ellos los veinte mil ducados, que es la expressa condicion de sobreviuencia, ni dize que aya de bolver a los dichos sus padres, que era la tacita condicion de sobreviuencia. Pues por donde se puede ajustar la ley quod depariter, cuya duda principal no es la que se refiere en la alegacion contraria, sino otra muy distinta, que ni se dize ni exorna por no ser del punto. El consejo de Menochio q̃ se trae en el. n. 31. in ordine. 388. in fin. en ninguna manera habla en este caso, ni semejante, como del consta.

Quiere

33 Quiere todavia en su alegacion Lorenço de Castro lleuar adelante el vnico fundamento de su pretension, queriendo dar naturaleza de vltima voluntad a esta promessa, con dezir desde el num. 32. cum seqq. hasta el 43. que fue hecha para en quenta y pago de legitima, y no cabiẽdo por mejora de tercio y quinto, que vna y otra no se halla, ni ay hasta despues de la muerte del padre: y pondera para esto muchas doctrinas, y textos, y exemplos de las renunciaciones q̃ los hijos hazen de sus legitimas, que se entienden, si legitima deferatur renuntianti. Lo qual todo pudiera escusar, porque si lleuamos con euidencia probado, que en las palabras que la clausula dize expressas, ibi: *En fin de los largos dias de nuestras vidas*, no por esso dexa de ser cõtracto, sin tener nada de naturaleza de vltima volũtad, por tantas palabras como tienen las dichas clausulas de contracto, puro, perfecto, e irreuocable, ponderadas en el principio de este discurso por la clausula del constituto, por la que dize desde luego para quando lo tal suceda, por el juramento que asimismo contiene el contracto, y porque la mencion de la muerte, y de la legitima, ò mejora està hecha demõstratiuè a la execucion de la paga, y no a la obligacion que desde luego se contraxo, y por esso por modo de reditos, en el interim se prometen mil ducados durante la vida de los dichos Lorenço de Castro y su muger, que conforme a la Real Pragmatica, a razon de a veinte corresponden a los veinte mil ducados, los quales se pudieron como tributo ò censo señalar, aunque el capital no fuesse de contado, auiendo deuda contrahida de ellos por el nuevo Capitulo de Cortes, que despues es ley. De qua re satis â nobis est agendum suo loco in Articulo secundo; a que se llega auerle hecho esta promessa no solo a quenta de legitima, ò mejora absolutè, sino señalando cantidad, y en contracto de matrimonio, no generalmente para contraherle, sino a favor de tercera persona señaladamente, que fue dicha D. Maria de Guzman, en el qual caso iam supra ex legibus Taurinis, y muchos Interpretes emos probado ser contracto con natural de tal, puro, perfecto, e irreuocable. Luego si la expressa mencion de esta promessa, que fue hecha para despues de los dias de los dichos Lorẽço de Castro y su muger, no le diò naturaleza de vltima voluntad, quanto menos lo conjectural de auerse prometido por quenta de legitima, ò mejora: y las doctrinas q̃ ponde-

pondera y textos en todos los numeros referidos de su alegacion, procedunt in relictis pro legitima, vel melioratione, sin otra cosa alguna de las referidas, y entonces claro està que ni ay ni se debe legitima nisi post mortem patris, pero lo contrario es siendo por modo de donacion ò contrato. Bien claro lo dixo Paulo de Castro in.l.in ratione.30.ad legem falcid. que en el num.34. pondera la alegacion contraria, ibi: *Si assignatio fuit facta pro legitima (non iure donationis) quia videtur collata in tempus mortis*, que dixera si viera la promessa hecha non solû in iure donationis, sino por vn contracto y escritura publica, ex causa certi matrimonij cum tertio, cum clausula constituti iuramento, & alijs, y mejor Cancerio lib.1, var.cap.3.num.23.ibi: *Dixi siquidem non fuisse ius quæsitum irreuocabiliter filijs, ex dicta assignatione legitimæ facta, sed tan. ũ reuocabiliter ad voluntatem matris, cum non fuisset facta dicta assignatio legitimæ iure donationis, sed relatiuè ad tempus mortis ad instar supremi iudicij, &c.* Luego si iure donationis facta assignatio legitimè non inspicitur tempus mortis ad instar supremi iudicij, por ser la donacion segun la opinion de muchos, como irreuocable siendo côtracto.l. siquis argentum.35. §.vlt.C.de donat.l.3.& 8.C.de condictione ob causam, multa Ant.Fab.de erroribus, decade.45. errore.9. idem probatur ex l.in omnibus rebus, de oblig.& action.l.si tibi pecuniam si certum petatur.l.cum qui, de donat. tradunt multa cum multis Decianus cons.32.ex num.49.lib.3. Mantica lib.13.de tacitis & ambiguis conuen.tit.3. Quanto serâ esto llano en vn côtracto de promessa de dote por escritura publica, con tãtas fuerças como estan pôderadas en las clausulas y capitulaciones: segun lo qual por las mesmas doctrinas en côtrario traidas se convéce el intento contrario.

34 A lo dicho se allega que todas las dichas doctrinas contrarias, y menos la de Berengario in.l. in quartam, præfatione.1. num.8.ad legem falcidiam, y la de Cancerio lib.1. var. cap.3. num.23. demas que no proceden quando iure donationis, vel contractus assignatur pro legitima irreuocabiliter, como en nuestro caso especialmente se contiene en la capitulacion referida, no ha blan quando quantitas certa & determinata, vel res certa per contractum ex causa matrimonij assignatur, & promittitur statim collata solutione post mor tẽ, que en este caso nec inspicitur tempus mortis, sed promissionis si id expedit

dona-

donatario, & creditori, ex decis. speciali. l. 29. Tauri, vbi Doctores, sino quando assignatio sit pro legitima, vel melioratione simpliciter, in qua cum attendatur tempus mortis ad instar supremi iudicij accipitur diminutis bonis cũ diminutione aut is cum augmento, que son las doctrinas contrarias, y las demas que latamente pondera el señor Larrea allegatione finali. 76. per totam: pero quando lo que se promete etiam pro legitima, vel melioratione, es en cosa, ò quãtia señalada, etiam si solutio differatur post mortem, nõ inspicitur tempus mortis cum augmẽto, vel diminutione, vt in terminis Angulo in l. 7 gl. 4. n. 4. Castillo tom. 4. controuers. cap. 35. ex nu 60. idem Larrea vbi supra. n. 23. & 24. & 28. Y en este caso la promessa fue de quãtia señalada, y no ex duabus partibus bonorum, vel pro legitima simpliciter, aut melioratione: con lo qual aunque diferida la paga post mortem, non accipitur in vim vltimæ voluntatis, aut supremi iudicij: y esto ha sido sin controversia aun en los mismos que esfuerçan la contraria opiniõ, referidos y seguidos por el señor Larrea. d. allegat. finali. 76.

35 De menor fuerça es el fundamento de la renunciacion que haze el hijo en favor de sus padres, ò de algun estraño de las herencias y legitimas que huuiere de auer, en las quales se entiende sobreviviendo al padre, porque se entiende la condiciõ tacitamente, si hæreditas, vel legitima morte parẽtum deferatur renuncianti, ex Cancerio. 3. tomo, cap. 15. num. 49. Sanchez in Summa, lib. 7. cap. 6. nu. 1. Ant. Fab. in suo Codice, lib. 2. tit. 3. diffinitione. 15. con los demas, porque las dichas doctrinas no se ajustan al caso deste pleyto: porque en ellas siempre se renuncian las herencias legitimas que huuiere de auer: que quando no se diga ex natura hæreditatis & legitimæ, intelligitur postquam morte deferatur: pero aqui la promessa de los veyte mil ducados por contracto fue pura, y el tiempo de la muerte que se expressò fue para lo executiuo de la paga, ex supradictis, y por demonstracion del tiempo en que se auia de hazer, pero la substancia de la obligacion luego quedò perfecta y efectuada, y en el interim por via de reditos correspondientes a vn tributo a razon de a veinte el millar, se prometierõ mil ducados cada año: y en el caso que en contrario se considera, la renunciacion se haze para despues de la muerte de los padres, expressamente, siẽdo de legitima, ò herẽcia, ex natura intelligitur post

 mortem,

mortem, tota eius virtus, & substantia collata, como se conoce tan claramente, que en ella ni quien renuncia se obliga a no reclamar contra ella, ni poner embaraço contra ella, ni ay clausula de constituto, que es cierto si assi fuera le obstàra siempre esta obligacion, como largamente va fundado en diuersos numeros precedentes.

36 El lugar de Fontanella, que en el num. 37. de la alegació contraria se trae, videlicet, clausula. 4. gl. 9. parte. 5. n. 64. es de menos fundamento: porque demas de que habla en los heredítamentos de Cataluña, que no solo en esta Prouincia no se admiten, pero aun en Cataluña, por ser contra derecho estàn excluydos, procede la dicha doctrina en terminos de vltima voluntad ò contracto condicional, y el deste pleyto con el mismo Fontanella, clausula. 4. glossa. 3. y otros muchos, lleuamos probado auer sido y ser puro, dilatada solo la paga post mortẽ. Con que por vn camino y otro no es de este caso, ni para el puede ponderarse.

37 Tiene tanta fuerça la verdad, q̃ al fin la reconoce dicho Lorenço de Castro en su alegacion, num. 40. adonde respondiẽdo a vna opinion de Molino lib. 3. de ritu nuptiar. quęst. 13. donde impugnando a Berengario, defiende que se transmite a los herederos aunque sean estraños, la promessa de legitima ò mejora: la qual doctrina dize Lorenço de Castro se entiende en caso de donacion pura y perfecta, & statim debita non expectata morte. Y esto es assi en este caso, que los veinte mil ducados del de luego por promessa pura y perfecta se adquirieron a su hijo, y solo la paga en lo executiuo de la obligació dilatò post mortem, vt latè supra comprobatum est. Y lo que mas es, que en el num. 42. de su alegacion se vale Lorenço de Castro de vna doctrina de Molino vbi supra. n. 12. que es la que mas assiste a Don Francisco de Guzman en la pretension de su transmission por la muerte de sus tres nietos, dize Molino que los bienes entregados al hijo si muere en vida de su padre, los trásmite a sus herederos etiam estraños, y en este caso la entrega de los veinte mil ducados ex causa onerosa matrimonij se hizo por Lorenço de Castro y su muger al dicho su hijo, por la clausula del constituto q̃ transfiere dominio y possessión: vulgata. l. quod meo, cũ alijs, de acq. poss. el qual modo de entrega legal, como haze la mejora perfecta e irreuocable cõtra su naturaleza, ex. l. 17. Tauri,

Tauri, adonde auiendo dicho que la mejora se puede reuocar hasta la hora de su muerte, agora sea hecha por vltima voluntad ò contracto, dize por limitacion, salvo si hecha la dicha mejora por contracto entre viuos, huviere entregado la possession de la cosa ô cosas en el dicho tercio contenidas a la persona a quien la hiziere. Y esta entrega està entendido por los Doctores todos en ella, agora sea Real, ò por acto legal q̃ tenga fuerça de entrega, como es el constituto, vt latè cum multis Tello Fernandez in d.l.17. ex num.17. cum seqq. adonde discurriendo en la opinion de Antonio Gomez num.11.& 12.in eadẽ l. finalmente lleua que el constituto obra dicha irrevocabilidad, respecto de los bienes futuros y presentes à die acquisitis: conque hallandose en el dicho tiempo que otorgò dichas capitulaciones el dicho Lorenço de Castro con muchos mas bienes en gran suma que los dichos veinte mil ducados, quiẽ duda que como la entrega per constitutum obra lo mismo que la Real, para que la donacion hecha por mejora en que se mira el tiempo de la muerte como en la legitima, y por el consiguiẽte es reuocable hasta entonces de su naturaleza se haga irreuocable: asi tambien aqui quedasse perfecta, pura, irreuocable, y transmissible etiam ad hæredes extraneos?

38 Llegase a lo dicho, que la doctrina de Molino referida habla in hereditamentis Cathaloniæ, vt constat ibi: *Quoniã cum ius hæreditamenti radicatum non fuerit adhuc in persona filij, &c.* y en este caso no estamos, ni los dichos hereditamentos, como va dicho, estan admitidos en esta Prouincia, ni aun en Cataluña, como largamente està fundado.

39 Y para acabar de concluir este punto, y que se conozca que la promessa de los dichos veinte mil ducados de estas capitulaciones, sin embargo que sea para la legitima que huuiesse de auer su hijo de Lorenço de Castro, y no alcançado por mejora, y que en la legitima y mejora se mira el tiempo de la muerte, y que entonces no es perfecta ni irreuocable, que es todo el fundamento que en este Articulo pone, se buelve a ponderar que esta naturaleza de mejora se muda quãdo se haze por cõtracto por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento: palabras de la dicha ley 17. de Toro, tan indiuiduales deste caso, que todo lo escrito en este papel se podia escusar, porque esta promessa por mejora y legitima se hizo por causa

one-

onerosa de matrimonio con otro tercero; como fue D. Maria de Guzman y sus padres. Luego si esto le haze mudar su naturaleza de que no le atienda el tiempo de la muerte, sino q̃ desde luego quede pura e irreuocable, serà lo mismo in necessariã consequentiã para trãsmitirse etiã ad hæredes extraneos, pues faltando todo el fundamento contrario de q̃ antes de la muerte no està perfecta, irreuocable, ni adquirida, es fuerça que no pueda tener fuerça. Y esto es mucho mas llano cõ las doctrinas de Molina, que va põderada, lib. 4. de primogenijs, cap. 2. num. 17. que decidiò el caso, cuius verba liceat iterum repetere ibi: *Sed ex maioratu, vel melioratione ob causam onerosam cum aliquo tertio factis, eorum etiam irreuocabilitas causatur, vt in dictis legibus 17. & 44. Tauri expresse dispositum est, in quo tamen animaduertendum est non sufficere maioratum, vel meliorationem ex causa dotis, vel ex alia causa onerosa factam fuisse, vt eorum irreuocabilitas contingat, nisi id cum tertio ex eo interesse prætendenti factum fuerit, quod apertè insinuant verba illarum legum, dum in eis dicitur ibi: Por causa onerosa con otro tercero, &c.* Idem Tello in dict. l. 17. num. 69. & omnes glossatores ibi. Y en el numero 18. lo estiende diziendo: *Quod adeò verum est, vt post tertij interuentum non valeat Maioratus, vel melioratio etiam ex Maioratus successoris, vel meliorati consensu in vxoris suæ præiudicium reuocari.* Siguieron por comun e indubitable esta sentencia, y que en todos los Tribunales se ha sentenciado assi con la ampliacion dicha, Cancerius libro 1. variarum, cap. 8. num. 34. Fontanella de pactis nuptial. clausula 4. glos. 1. num. 10. & 19. Pater Thomas Sanchez lib. 6. de matrimon. disputat. 32. à num. 1. Angulo de melioration. in l. 6. glos. 4. num. 4. Franciscus Molino de ritu nupt. lib. 3. quęst. 6. à num. 12. Mieres de maioratu 1. part. quęst. 23. n. 2. D. Ioannes del Castillo tom. 5. controuers. cap. 109. ex num. 26. & tomo 6. cap. 119. n. 12. cum multis tradditis ab Additionatoribus Molinæ supra dict. nu. 17. & 18. Si estas doctrinas son indiuiduales y agenas de respuesta, aun se les pueden fiar a Lorenço de Castro con sus Abogados que lo digan, supuesto que con ellas se verifica que la mejora o legitima que de su naturaleza piden el tiempo de la muerte, y que como tal antes ni las ay, y se pueden reuocar (que es el vnico fundamento deste supuesto en la alegacion contraria) hecha la promessa, como aqui se hizo ex causa onerosa matrimonij con tercero interessado, como es la

dicha

dicha Doña Maria de Guzman, y que debaxo de ella se efetuò y cumpliò dicho matrimonio tan qualificado, perdiò su naturaleza la dicha promessa conferida su paga post mortem, para que sea irreuocable, pura, perfecta, sin esperarse el tiempo de la muerte mas que para la execucion de la paga, aunque aliàs semejantes promessas tengan admixta la condicion de vltima voluntad post mortem. Y supuesto que ni aun de consentimiẽto de partes, en perjuyzio de los hijos del dicho matrimonio no se podia reuocar, seria conocido el perjuyzio, sino pudieran hijos premuriendo en vida de Lorenço de Castro, transmitir la parte que tenian adquirida al dicho Don Francisco de Guzmã, y al dicho Lorenço de Castro, como abuelos paterno y materno, y como tales sus herederos forçosos, ex .d. l.6. Tauri.

40 Y el lugar de Beregario y Cancerio que alega dicho Lorenço de Castro y sus Abogados en el dicho num. 42. de su alegacion, demas de lo que va satisfecho, no es mucho que hablãdo en los dichos hereditamentos, dixesse que premuriendo los hijos no tuuiessen sus herederos estraños derecho a ellos por trãsmissión, porque se auam filijs, & eorum filijs, y assi solo ellos podian pretender tener este derecho, no alguno estraño, teniẽdo dichos hereditamentos, como va dicho, naturaleza de vltima voluntad: constat ita expressè ex illis verbis Berengarij, ibi: *Quod si transmissum non sit, nisi ad filios non ad extraneos, id generale est, in omnibus donationibus, quæ à parentibus fiunt filijs, & eorum filijs &c.* Pero en nuestro caso no ay nada de esto, sino vna escritura publica de contracto de promessa de dote, con clausulas guarẽtigias, y de obligacion presente, con obligacion de no cõtravenir a ella por ninguna causa, sino cumplirla, y que por ella puedan ser executados ellos y sus herederos y sucessores, como se contiene en dicha escritura, que solo auer dicho que sus herederos puedan ser executados, es bastãte para que se conozca no tiene nada de vltima voluntad, ni aun de contracto condicional en quanto a la obligaciõ, aunq̃ dilatada la paga post mortẽ, como latamente va põderado en este discurso, y concluyentemente probado.

Responsio ad Tertium Fundamentum.

41 Comiença este tercer fundamento Lorenço de Castro en su alegaciõ desde el num. 43. el qual se introduze ab absurdo

 vitando,

vitando, en esta manera: porque si la pretension de Don Francisco de Guzman huuiesse de tener efecto, se seguiria vn absurdo, y es, que si quando mueran Lorenço de Castro y su muger sobreviviera la hija que oy tienen, y el nieto q̃ les ha quedado del dicho don Iuan Antonio su hijo, el nieto no tendrà obligacion de imputar en su legitima los siete mil y quinientos ducados que le dieren y pagaren al dicho Don Francisco de Guzman, porque la opinion mas cierta es, que los nietos no tienen obligacion a traer a collacion, ni recebir en pago de sus legitimas lo que sus padres recibieron titulo dotis, vel donationis propter nuptias, muertos los padres antes que los aguelos, sino es la cantidad que de ello huuiere venido a poder del mismo nieto, aunque sea por titulo hereditario, vt cum multis Thesaurus decis. 238. num. 4. & 6. Robles de repræsentatione, lib. 2. cap. 16. num. 103. cum seqq. Petrus Barb. in l. post dotem, num. 51. ff. solut. matrim. Ant. Fab. lib. 13. coniect. cap. 10. & 11. Ant. Gom. in l. 22. Taur. nu. 10. que estas y mas con traer a Robles que los alega, estavà toda cumplida.

42 A este fundamento se responde con muchas razones, cada vna concluyente. La primera, que aqui no ay el absurdo que se considera, porque la question que trata Robles in loco citato supra, de que se vale Loréço de Castro para probar el absurdo, es si el hijo ò hija con la parte que le diesse su padre por dote ò por donacion propter nuptias, contento renunciasse etiam cũ iuramento la legitima paterna que en qualquier manera le huuiesse de pertenecer si muriesse el tal hijo renunciante en vida de su padre dexando hijos, si estos tales con sus tios viniendo a suceder a su abuelo, auian de traer a collacion lo recebido en dote, ò por donacion por su padre. Y fundando que auia y debe traer a collacion lo referido en el nono fundaméto, dize, quod aliàs absurdum, & inæqualitas, vt nepos acciperet duplicé partem, primam quam acciperet ab eius matre, alteram quam de aucta hæreditate modo prætendit, contra l. inter filios 11. C. familiæ ercijscund. cum alijs. Y respondiendo a este fundaméto, porque lleua por opinion, q̃ el nieto por la renunciacion de su padre puede nihilominus suceder al abuelo, respondiédo al fundamento referido, dize pende ex ea quæstione, an dos data filię imputetur in legitimam nepotibus? En que distingue el caso, quando pater consumpsit dotem, & nihil ad eũ pervenit, tunc

tunc non tenetur imputare: si verò tota vel pars pervenerit, tenebitur quod peruenit imputare: segun lo qual no ay absurdo, ni lleua el nieto dos legitimas. Si esto es assi, como lo dizen dichos Doctores, cuya opinion dize Lorenço de Castro en su alegacion es cierta y la comun, no pudo traer cosa mas contra si, y en favor de Don Francisco de Guzman, pues en el caso deste pleyto, el nieto que quedò viuo del dicho Lorẽço de Castro, quando concurra con su tia, que es la hija del mismo, si vive, no traerà a collacion mas que la parte que le tocare de los dichos veinte mil ducados, que es, quod ad eum pervenit, y no avrâ absurdo, ni desigualdad ninguna, pues no lleua dos legitimas, y la parte que como a heredero forçoso lleuare dicho D. Francisco de Guzman por muerte de sus tres nietos, no la debe imputar, ni traer a collacion con la hija de Lorenço de Castro, ni por esta parte ay absurdo. Como no le ay en que aunque el hijo a quien el padre diò dote, ò donacion propter nuptias, si lo gastô en su vida el nieto no està obligado a traerlo a collacion, porq̃ ad eum non pervenit, y sucede ex propria persona aui en la dicha sentencia: no le ay tampoco en que no trayga a collaciõ la parte que no vino a poder del nieto que viue, por auerla lleuado Don Francisco de Guzman, como heredero de sus tres nietos que murieron, pues no causa desigualdad ni absurdo que no impute el nieto mas de lo que viniere a su poder, aunque su padre huuiesse recebido mayor parte, si ad nepotẽ non peruenit, vt concludit Robles cum traditis in hoc discursu, dict. libro. 2. cap. 16. ex num. 103. vsque ad numerum. 106. adonde cierra diziẽdo: *Et sic cessat inconueniens accipienda duplicis portionis.* Luego clara y euidentemente al parecer, sin satisfacion consta que no ay absurdo que avitar, y que este fundamento no lo es mas que para apoyar la pretension de Don Francisco de Guzman.

43 Y si se apura mas aun en este caso, el nieto viuo viene a lleuar mas, y la hija del dicho Lorenço de Castro, que es la parte que le toca en los veinte mil ducados, como abuelo paterno de los tres nietos difuntos, que hallaràn mas en los bienes del dicho Lorẽço de Castro q̃ heredar: Cõ esto no es necessario satisfazer a mas de lo que se trae en este fundamẽto, pues falta el supuesto sobre que el absurdo se fundava. Y a lo que en el num. 45 de la alegacion contraria se dize, de que se sigue que la linea de Don Antonio, hijo del dicho Lorenço de Castro, lleuarà dos legitimas,

mas: vna la del nieto viuo: y otra Don Francisco de Guzman esta respondido con lo dicho, y conque el nieto viuo sucede cō la tia ex propria persona, vt multis exornat Robles supra num. 66. y la alegacion contraria, nu. 43. Y por esta causa en la question principal referida no ay absurdo de que el nieto trayga a collacion solo quod ad eum pervenerit, sin embargo que parezca q̄ la linea del padre deste nieto lleue dos legitimas: vna su hijo viuo: y la otra su padre, que la recibiò y consumiò: porq̄ no se mira a lo que lleua la linea de don Iuan Antonio, que es padre del nieto viuo, sino lo que huuo el nieto cō efecto. Todo esto es concluyente, que se apoya con las mismas doctrinas referidas, de que se valen sus Abogados del dicho Lorenço de Castro, y se conoce mas, porque si los tres nietos viuieran, y huuieran recebido la parte de los veinte mil ducados que se auiā prometido a Don Iuan Antonio su padre, y los gastàran, y murieran, no huuiera absurdo ni desigualdad, aunque el quarto nieto que quedasse viuo no traxesse a collacion, sucediendo a Lorenço de Castro y su muger con su hija, tia del tal nieto, mas de lo que huuiesse de los veinte mil ducados, sinque lo recebido por los nietos y gastado no se traxesse a collacion, pues para esto no se mira lo que la linea recibiò, sino quod ad nepotem pervenit, ex traditis pro contraria parte.

44 Y aunque con lo dicho no necessitaua de mas satisfaciō este discurso y fundamento, no puede passarse en silencio lo que en el num. 44 de la alegacion contraria se quiere satisfazer al fundamento de que Lorenço de Castro pudo anticipar la paga de legitima que despues de su muerte auia de auer el hijo, y que si lo hizo, los nietos deben recebirla en quenta de sus legitimas. A que satisfaze, que esto no procede quando el debito es condicional, como el de la legitima post mortem, el qual dia como incierto causa condicion. l. dies incertus. 75 de condit. & dem. l. talis. 30. §. sed etsi, de leg. 1. con otros muchos que juntò in individuo Robles dicto cap. 16. numero 486. de quien se valen los Abogados contrarios, concluyendo q̄ con tal paga no pudo el padre causar perjuyzio a los nietos, sibi que imputet anticipasse solutionem. Este es vn error de Robles, porque aunque el dia de la muerte es incierto el quando, es cierto que ha de ser, y assi no induze condicion en vn contracto como el de la escriptura deste pleyto, en tanto grado, quod licêt solutū conditione

pen-

pendēte sub qua promissum fuit, posset vt indebitū repeti ante aduētū cōditionis l. sub conditione 16. de cōditione indebiti: *Solutum tamen promissum cum moriar, si ante soluatur, repeti non potest vt indebitum*. l. nam si cum moriar. 17. eodem tit. adonde Azebedo dixo glossa vltima: *Nec die existente, nec die pendente, quia certū est debitū*, o al acreedor moriēte promissore, o a su heredero, §. ex conditionali, de verb. cum similibus: y mas oy, que las acciones puedē comēçar del heredero l. 1. C. vt actiones ab hæredibus, & contra hæredes: Obligatio enim cum moriar, vel post mortem non suspenditur conditione, sed mora. l. si pupillus. 9. §. 1. de nouationibus, ibi: *Qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, purè videtur stipulari* (esta es la promessa post mortem) *nam cum hæc dies omnino extitura est, conditionem nō facit: conditio enim est, quæ suspendit ad esse, vel non esse, quod in obligatione collata ex contractu post mortem non contingit*. Cuiat. lib. 18. obseruat. c. 1. & multis exornat Gędeus de contractu stipulationis, cap. 8. conclus. 7. num. 137. Y aunque Anton. Gom. tom. 2. var. cap. 11. num. 21. no admitiô la diferencia que en este punto ay entre contractos y vltimas voluntades, mouiose por la dicha ley vnica. C. vt actiones ab hæredibus, que no prueba el intento, y la diferencia es cierta en el efecto, porque el legado, ò fideicōmisso dexado ab hærede Titio cum moritur, faciunt conditionē verba illa: *Quia potest contingere, quod Titius præmoriatur, & sic non est certum, an legatum effectum sit habiturum? In contractibus autem semper certum est, quia etsi moriatur stipulator ante promissorem* (como sucediô en Don Iuan Antonio) *hæredi debetur*. Verba sunt expressa Osualdi ad Donellum lib. 15. comm. cap. 11. lit. B. & D. Con lo qual el que con la paga, que anticipada haze el padre al hijo por su legitima, ò parte, causara daño al nieto, pues el dia incierto de la muerte in contractibus no induze condicion, y mucho menos suspende, ni impide la transmision, vt supra dictum est.

Quarti Fundamenti Evacuatio.

45 BIē pudieramos escusar satisfazer a este quarto fundamēto, porque todo el mira a dar a entēder, q̄ la opiniō de Baldo in authentica defuncto. C. ad Tertul. que dize, que muriēdo el hijo ò nieto con ascendientes paternos y materno no ha de aver en la sucesion separacion de bienes, sino que indistin-

tamente in stirpes, non in capita, han de suceder los vnos y los otros al descendiente, que es como se sentenciô esta causa en la sucession de los abuelos maternos y paterno a los tres nietos q̃ murierõ, no es tan cierta como la de Bart. in .l. quod scitis. C. de bonis quę lib. & in authentica itaque .C. communia, de successionibus, que admitiò la separacion de tal suerte, que muerto el descendiente vayan los bienes ex parte patris a los descendientes, ò parientes paternos, y los adquiridos ex parte matris a los maternos. De adonde quiere sacar, que los veinte mil ducados han de bolver y sus reditos a los dichos Lorenço de Castro y su muger, como auidos de abuelos paternos, y nada de ellos al dicho Don Francisco de Guzman, con todo esso breuemente se dize, que aun en termino de disputa de derecho comun, la opinion de Baldo es mas cierta, y la siguieron todos los Interpretes del Reyno infra referendi, y los que juntan Cancerio lib. 1. var. cap. 5. num. 20. Gama, & Flores de Mena decis. 9. Tiraquellus de retract. lib. 1. cap. 14. gloss. 2. à num. 12. Y aun en estos terminos se satisfaze con lo cierto y comun, que quãdo a los descendientes muertos les quedan ascendientes de igual grado, y algun hermano, no se admite la separacion de bienes, sino que todos suceden igualmente in stirpes: y asi aun en terminos de derecho comun estaua este caso decidido, pues los nietos que murieron dexaron abuelos paternos y materno, y vn hermano. Esta doctrina es del mesmo Cancerio vbi proximè, que es en el que haze la fuerça toda la alegacion contraria en este Articulo, el qual despues de auer quedado con la opiniõ de Bart. dize: *Et similiter vbi cum ascendentibus concurrerent alij eorum filij fratres mortui intestati, non habet locum dispositio .d. l. quod scitis, sed tantûm dispositio authent. defuncto. C. ad Senatum Consultum Tertullianum, vt omnes indistinctè æqualiter succedant.* Y alega muchos lugares: & tandem como si este caso le trasladara, dize estas palabras en el fin del dicho numero 20. *Et Vincentius de Franchis dicta decisione .59. qui loquitur de donatis per patrem filio cum iuramento, qui posteâ prædecessit patri intestatus, & nouê Peregrinus decisione. 77. num. 4. & 9.* Y siendo esto asi, el dicho Lorenço de Casto en su alegaciõ num. 52. se vale del dicho lugar de Cancerio .d. n. 20. y no haze mencion, antes calla la limitacion que refiere comun, y del caso proprio deste pleyto.

46 Todo lo dicho, y mucho mas, que si fuera necessario apurar la

la verdad de las dos doctrinas de Bart. y Baldo se exornara, oy no es necessaria, porque esta disputa està decidida por dos leyes del Reyno, que son, la ley. 4. tit. 13. part. 6. y la ley. 6. de Toro, que como se hizieron para dezidir las controversias de los antiguos, y que cessassen pleytos, disponen, que los ascendientes a sus descendientes difuntos sean herederos forçosos comun e igualmente sin separar bienes, salvo en los lugares dóde acostumbran los bienes bolver a su tronco, &c. A que en ninguna manera se satisfaze en contrario, ni puede, siquidem exceptio illa dict. legis. 6. Tauri, firmat regulam (in specie) non generaliter in contrarium vulgata. l. nam quod liquidè, de pen. legata.

AD SECVNDVM ARTICVLVM, Eiusque Primum Fundamentum.

47 EN este Articulo intenta Lorenço de Castro probar, que fue agravio conocido el de la sentencia condenarle en la rata de los mil ducados, que por la capitulació matrimonial se obligaron el y su muger de pagar en cada vn año al dicho Don Iuan Antonio de Castro su hijo, para q̃ surtiesse efecto el matrimonio tratado con Doña Maria de Guzman, hija del dicho Don Francisco, como debaxo de la dicha escriptura se efecuò, cuya capitulació matrimonial pone a la letra en este Articulo en su alegacion.

48 El primer fundamẽto q̃ trae es dezir, que los contrayẽtes no dierõ lugar a q̃ fuesse Real sino personal la promessa, porque no se halla palabra de herederos, y solo fue intuitu personarũ de los dichos Don Iuan Antonio, y Doña Maria de Guzman su muger, los quales auiendo muerto en vida del dicho Lorenço de Castro y su muger, no transmitieron este derecho a los herederos: y para esto se vale de vna doctrina general, de que la donacion no se presume ni estiende a mas de lo expressado, ex l. si cum aurum. 50. & ibi Bart. de solut. faciunt iura in. l. cum de indebito, de probat. in. l. Campanus, de operis libert. tradunt multa vltra Tiraquell. in. l. si vnquam. C. de reuocandis donat. verbo, *Donatione largitus*, num. 169. C. de reuocandis donatio. multi congesti à Cancerio lib. 1. var. cap. 8. num. 117. la qual regla tiene vna limitacion llana y comun, nisi facta fuerit con-

consanguineo, in cuius fauorem in dubio donatio præsumitur, l. procula, de prob. bonus text. in cap. etsi quæstiones extra de simonia, Cancerius vbi proximè, ibi: *Quod intellige nisi ex aliquibus coniecturis præsumatur donatio vt si res, vel quantitas sit parua, & tradens esset diues recipiens pauper, vel coniuncta persona, &c.* Menochius lib. 1. de præscript. quæst. 29. num. 13. quæst. 29. num. 13. pro qua sententia expendo celebrem decisionem Scęvolę in l. Aurelius. 29. §. Titius, de lib. legata, ibi: *Præsumptio enim propter naturalem affectum facit omnia patri videri concessa, nisi aliud sensisse testatorem ab hæredibus eius probetur.* En el qual texto se extendiò quanto podia, expressamente darse y comprehẽderse propter affectum filij, & patris. Pues porq̃ en nuestro caso quieren que se restringa, y no se extienda contra affectum, & charitatem paternam, si en aquel texto la del hijo cõ su padre no es tan grãde como la del padre cõ el hijo? princ. inst. quod cum eo, vbi glos. y mas para casar vn hijo tan principalmente.

49 Quiere llegarse mas al caso en este Articulo dicho Lorenço de Castro, diziendo que no se ha de extender este contracto a los herederos, por no hazerse mencion de ellos en esta capitulacion. Y este es vn assumpto terrible, por ir contra los principios de la Iurisprudencia, que enseñan, quod pactum factum præsumitur, non solùm in fauorem nominati verum & hæredum, etsi eorum non fiat mentio l. si pactum. 9. de probationibus, cuius in proposito hæc sunt aurea verba: *Si pactum factum sit in quo hæredis mentio non fiat, quæritur an id actum sit, vt ipsius dumtaxat debitoris persona arceatur, sed quamuis verùm sit quod qui excipit probare, debeat quod excipitur, attamen de ipsó dumtaxat, ac non de hærede eius quoq; cõuenisse petitor non qui excepit probare debet, quia plerumq; tã hæredibus nostris, quàm nobis metipsis cauemus.* Palabras que deciden este Articulo, en que es digno de reparo, quod iuris præsumptione pactum videtur factum in fauorem hæredis pasciscentis, etsi eorum mentio facta non sit, ita vt qui contrarium contendit, teneatur probare, non verò qui dicit hæredibus prouisum. Luego aunque en esta capitulacion no se expressassen los herederos, sino solo dicho Don Iuan Antonio y su muger, es visto auerse de entẽder lo mismo en los herederos: quod idẽ probãt iura in. l. si necessarias. 8. §. de vendẽdo, de pignoratitia actione, in. l. nec codicillos. C. eodem tit. Nec obstat dictio illa plerũq; de qua in dict. l. si pactum, nam vsu latinitatis frequentiam, & maiorem

maiorem partem: ita vt regula vsu authorum notissima sit Tiraquellus de retractu lignagier. §. 1. glos. 9. num. 224. pro qua parte in proposito expendo singularem text. in. l. iuris gentiũ §. pactorum, de pactis, ibi: *Plerumque enim, vt & Pedius ait, persona pacto inseritur, non vt personale pactum fiat, sed vt demonstretur cum quo pactum factum est.* Optimus text. in. l. tale pactum. 40. eodem tit. ibi: *Tale pactum profiteor se non teneri, non in personam dirigitur, sed cum generale sit locum inter hæredes quoque litigantes habebit.* Melior text. in. l. sicut. 8. §. si debitori, quibus modis pignus, vbi inquit Consultus *non esse admittendas â iudicibus eas subtilitates, quibus promissum, vel concessum vni non dicatur concessum hæredibus eius, quia eorum mentio facta not sit:* multis explicant videndi Ant. Fab. in rat. ad. d. l. tale pactum, Cuiac. lib. 18. obs. cap. 2. Everardus Bronchorst lib. 1. miscelanearum, cap. 13. Osualdus ad Donellum, lib. 22. comm. c. 4. lit. L.

50 A lo que se pondera del Priuilegio personal que compete al marido pro restitutione dotis, y a las demas personas que por Priuilegio personal nõ possunt conueniri, vltra quẽ facere possunt, de quibus in. l. sunt personæ, cum seqq. de re iudicata. l. maritum. 13. cum. l. sequenti, solut. matrimonio, con las doctrinas que en contrario se exornan, num. de la alegacion contraria, no se satisfaze, porque por ningun camino vienen al caso de este pleyto, ni assumpto deste fundamento. Y a lo que se dize, que es comun que la donacion es personalissima, & non transit ad hæredes nisi eorum fiat mẽtio, ex Alciato cons. 99. num. 24. Menoch. cons. 84. num. 15. Thesauro lib. 2. fori, quęst. 60. nu. 7. se pudiera aduertir, que los interpretes referidos hablan en vna donacion omnino gratuita ob benê merita, non verò in donatione ob causam matrimonij cum tertio facta conuentione, & contractu reciproco obligatorio, porque passa a los herederos, etsi eorum mentio non fiat, vt ex. l. 2. de iure immunitatis: multis exornant Baldus in cap. 1. columna. 7. de iudicijs, Craueta cons. 404. num. 2. Menoch. lib. 3. pręsumptio. 103. num. 22. & num. 43. ibi: *Octauo sumitur coniectura à reciproca promissione, &c.* Y en este punto no es necessario satisfazer mas que con lo mismo que tantas vezes repite la contraria alegacion, de que a los herederos estraños no passa el derecho de estas capitulaciones, sino a los suyos: y si fuera personalissima, ni a vn heredero ni otro passara por manera alguna: y tambien porquę donacion

como esta por contracto reciproco de matrimonio que tuvo efecto en virtud de ella, no se ha dudado passa a los herederos. Y para que no quede escrupulo ninguno, es comun y sin controuersia, que la donacion per quam transfertur dominium transit ad hæredes, ex natura aliorum bonorum defuncti, ex doctrina Baldi in.l.liberti,num.20. in fine .C. de operis libertorum,& est bonus tex.in.l.fin.ad finem,de constit.Principum; Barb.in.l.quia tale.14.num.45.ff.solut.matrim.ibi: *Nec obstat illius ratio,quia concludit in legato, & donatione per quam dominiũ quæritur,ac proinde ad hæredem transmittitur, &c.* Esto todo intervino en este contracto, como està con la clausula del constituto,que contienen las capitulaciones, y las demas põderadas en diuersas partes deste papel, como tambien que este fue vn contrato puro,reciproco, ex causa onerosa matrimonij, en quien nadie ha dicho sea personal, y que a los herederos no mencionados no sea transitorio,contra.d.l.si pactum,de probat.d.l.7.§.pactorum,& .l.tale pactum.40.de pactis, que son los decisivos de esta question y punto.

51 En el numero.65.de la alegacion contraria, mal satisfecho Lorenço de Castro de los fundamẽtos referidos, vltra de ellos por su parte se ponderan dos textos, que dize prueban cõ euidencia esta verdad. El vno es, la ley penultima de seruit. rusticorum prędiorum,en cuya especie dize, que el derecho de lleuar el agua concedido al pariente, por ser personal no es transitorio al heredero del hermano donatario, y dize no ay en todo el texto palabra por donde se pueda deduzir que otra razon le pudo mouer a tenerle por personal,sino el ser donació y concession gratuita. Siendo assi, que ni tal le mouiò al Consulto, ni se acordò de ello: porque la causa de auer sido aquella seruidumbre aquæ ducendę personal, y no transitoria ad hęredes, fue porque aquella seruidumbre no fue cõcedida respectu certi & determinati fundi, quia fuit concessa aquæ ducendæ facultas fratri in domum suam, aut vbicumque voluisset, vt expresse cauetur in tex. quo casu seruitus nõ est realis, quia ad id requiritur, vt certò & determinato fundo dominanti debeatur .l. vnum ex socijs.34.in fine,ibi: *Sed prædio debetur eodem titulo, quo casu ad hæredes, & successores in prædium transit, secus vbi concessio fuit in incertum prædium, vel vbicumque voluisset dict.l.pen. Ratio differentiæ est in propatulo, quoniam de substantia seruitutis, vt detur certi fundi*

di dominus cui adquiratur seruitus, & fundus certus vicinus qui seruitutem debeat, l.1.communia prædiorum §.penultim. Instituta de seruitutib. aliàs non erit realis seruitus, ac per consequens nec transitoria ad hęredes.l.1.§. prætere ea habeo, de aqua cotidiana,& æstiua:ita post Acc.in.d.l.penult.Scribentes omnes,& Petrus Barbosa videndus in.d.l.quia tale.14.solut. matrimon. num.46.

52 El segundo texto que se pondera,es la ley cum precariũ.12. iuncta.l.interdictum.14.de precario: porque auiendo dicho la ley cum precario, que el precario non transit ad hęredes eius qui precario rogauit;da la razon desto in.d.l.interdictum,ibi: *Magis enim ad donationes, & beneficij causam, quam ad negotium contractus expectat precarij rogatio*: Luego la donaciõ no passa a los herederos,nisi eorum mentio facta sit. Esta ponderacion que se haze en la alegacion contraria,no solo estaua satisfecha con lo dicho, sino antes conuencida por los mismos textos la defensa que en ellos pone dicho Lorenço de Castro: porque supuesto q̃ assi los veinte mil ducados,como los mil cada año, que por estas capitulaciones prometio Lorenço de Castro a su hijo y nuera para que tuuiesse efecto el matrimonio, fue por vn contracto de estipulacion y promessa, con todas las circunstancias que se puede hazer puro, irreuocable, y este reciproco con la dicha Doña Maria de Guzman y su padre, que de su parte se obligaron a contraher el matrimonio tratado con su hijo de Lorẽço de Castro, en fe y debaxo de la dicha promessa: conque no pudo por muchas razones ser donaciõ gratuita, porque la gratuita est quę ex mera liberalitate donantis nullo iure, aut causa cogẽte fit.l.1. de donationibus,cũ vulgatis: y aqui fue ex causa matrimonij, como se expressa en la capitulacion, y para entõces quando tenga efecto, le haze dicho Lorenço de Castro la promessa,y assi lo dize.Mas,en la donaciõ no ay reciproca obligacion del donatario,ni en el precario; aqui la ay, que es obligarse a contraher dicho matrimonio Don Iuan Antonio.Mas, en la donacion no ay tercero interessado mas del donatario q̃ recibe el beneficio: aqui la dicha Doña Maria de Castro y sus padres, que se obligan al casamiento y dote que con ella se le promete en la misma escritura:todo esto es de contracto.l.Labeo.§.contractum,de verb.signific.no de donacion o precario, como quiere dicho Lorenço de Castro. Luego aunque el precario

cario fuesse donació, y por esto no passe a los herederos del que le rogò, nada de esto es de este punto, adõde la promessa de los veinte mil ducados, y mil de cada año, es por vn contracto reciproco, que passa a los herederos, ex traditis sup. y asi lo dize la dicha ley interdictum, ibi: *Magis enim ad donationem, & beneficij causam, quam ad negotij contractum accedere videtur.* Atque ita argumento à contrario fortissimo in iure l.1. §.huius rei, de officio eius: El que fuere contracto, o se llegare a el, passarà a los herederos, y asi con razon este texto le pondera Cuiat. lib.4. obs. cap.7. para probar que el precario no es contracto, aunque Donello lleue lo contrario, lib.14. comm. cap.34. Ant. Fab. de erroribus, decade.77. errore.6. y asi en el principio dixo la dicha ley interdictũ, ibi: *Interdictũ de precario merito introductum est, quia nulla eo nomine iure ciuili actio est.* Como ni antiguamente ex donatione erat actio iure ciuili, pues cierto es que no negarà ni puede Lorenço de Castro, que su hijo y nuera si viuieran tenian acció por la dicha escritura para compelerle a que les pagasse los mil ducados cada año: luego ni es donacion ni precario, sino vn contracto puro, perfecto, e irreuocable.

53 Vltimamente en este Articulo para apoyar el fundamento referido, pondera la sentencia de Papin. in l. penultima, de seruitute legata, vbi concessum proponitur à patre filiæ ius eundi fuisse legatum per domum hæreditariam ad domum legatam, & in hac specie affirmat nõ transire ad hæredem: *Ne quod affectu filiæ datum est hoc sumptio, & ad exteros eius hæredes transire videretur.* De adonde parece infieren bien los contrarios: Luego la promessa de estos mil ducados hecha a su hijo de Lorenço de Castro no ha de passar a Don Frãcisco de Guzmã estraño. Pero la respuesta es muy facil. Lo vno, porque la promessa aqui y su causa no fue afecto de Loréço de Castro a su hijo, sino para que el matrimonio tratado con Doña Maria de Guzman tuuiesse efecto como le tuuo, y esso se expressa por causal en las capitulaciones, conque la razon de la decision de Papiniano referida no viene a este caso. Lo segundo, porque en aquel texto nõ fuit ius seruitutis viæ, aut itineris legatum, sed ius eundi, quod personale est, vt rectè Cuiat. in recitationibus ad eundem text. Lo tercero, porq̃ Papiniano loquitur ibi in legato lucroso omnino siquidẽ à legatario nihil prestatur: nos autem loquimur in promissione ex cõtractu reciproco, pro quo vicisim habuit effectũ

matri-

matrimoniũ, y D. Fráciſco de Guzmá cõ ſu hija le diò el dote q̃ cõtiene las capitulaciones. Deniq; en aquel texto concurrieron tres coſas, que hizieron que ius eundi non tranſiret ad extraneos hęredes. Primò, quod verba conceſsionis ex affectu filiæ ad eam relata fuerunt non ob aliam cauſam. Secundò, quod filia fuit ſola ad quã, & propter quã fuerũt relata verba teſtatoris; hic auté ad matrimoniũ cõtrahendũ, & propter matrimoniũ cõtrahendũ cũ tertio cui intereſt, vt expreſſè in pactis nupt. Tertiò, quod ius eundi erat per ædes hęreditarias planè tranſire per ædes alicuius nimis oneroſum eſt, quia panduntur ſecreta domus alienę. l. 2. C. quando & quibus quarta pars debeatur, lib. 10. vt in terminis conſiderat eleganter Barb. in d. l. quia tale. ſolut. matrim. ante num. 16. & per totum.

Euaſio ſecundi fundamenti.

54 EN eſte ſegundo fundamento tratan Lorenço de Caſtro y ſus Abogados, de apoyar, que la regla que dize: *Quod legatũ annuum extinguitur morte legatarij*, de qua in. l. legatum, vbi gloſſa de capite minutis. l. in ſingulos, de annuis legatis, in. l. ſi ſtichum. 16. §. ſtipulatio, de verb. cum ſimilibus, procede igualmente en los contractos annuos, ac per conſequens en las capitulaciones matrimoniales ſobre que es eſte pleyto, y defiéden que procede en los contractos como en las vltimas voluntades ex paritate rationis, porque dizen el legado annuo non tranſmittitur ad hæredes, ſed morte legatarij finitur, quoniã videtur ad alimenta relatũ. d. l. legatũ. l. cum ij. 8. §. ſi in annos, de tranſactionibus, in. l. ſtichus. §. Titia, de alimentis legatis. l. Titia, in princip. de annuis legat. exornant Surd. de alimẽtis, tit. 2. q. 12. num. 1. 2. & 12. Lara in. l. ſi quis à liberis. §. idem reſcripſit, num. 76. & §. non tantum, à num. 63. de lib. agnoſcendis, Gratian. diſceptat. 104. Tuſch. lit. A. concluſ. 290. La qual razon, que dizen no ay otra, milita igualmente en la promeſſa annua por contracto, pues no ſe puede hallar otra, ni darſe congrua, y que aſsi lo ſintiò Bart. in d. §. ſtipulatio, num. 2. verſ. *Sed ſemper*, y le ſiguiò Surd. d. q. 12. num. 5.

55 Sed pace tantorum virorum, eſta opinion ni es cierta, ni en el derecho defenſable, y aſsi la comun es contraria: conuiene a ſaber, que el legado annuo extinguitur morte legatarij, nec ad

 hæredes

hæredes transmittitur, contrarium verò procedit in promissione, & contractu annuo: ita refert communiter admissum esse Ioannes Fab. in § omnis, num. 10. instit. de verb. & cum multis tenet in terminis videndus Antonius Gomez. 2. tom. variarum, cap. 11. num. 45. vers. *Tertio & principaliter*, vbi pro vtraq; parte quæstionem disputat, & tandem tenet hanc sententiam in disputãdo, iudicãdo, & cõsulẽdo. Pluraq; iura adducit, & probatur expressè sine cauilatione, ex. d. l. si stichũ. §. stipulatio, de verb. vbi postquam Consultus dixit stipulationem cõceptam in annos singulos perpetuam esse, subiungit ad explicandam differentiam legati in annos singulos à contractu, non quemadmodum simile legatũ morte legatarij finitur, cõtra quem tex. glos. & Bart. ibi num. 2. & 5. alienià iurisprudentia loquuntur, maximè dum nituntur fundamento, text. in. l. cum qui. 56. §. qui ita de verb. vbi stipulatio expressè constituta fuit quoad vitam stipulatoris: quid ergo mirum, quod heredibus petentibus obiiciatur exceptio? Y quando en esta question se quisiesse admitir la opinion de Baldo in dict. §. stipulatio, que admitieron muchos, vt contractus in annos singulos ex causa lucratiua non transeat ad hæredes, secus verò si ex causa onerosa, es decisiua en fauor desta pretension, pues la promessa de mil ducados en cada año, fue ex causa onerosa matrimonij, y no lucratiua, y en que no solo fue interesado el hijo del dicho Lorẽço de Castro, sino la dicha Doña Maria de Guzman, y sus hijos y herederos, como en varias partes desta alegacion queda ya fundado.

56 Y porque no les embarace la paridad de la razon que se pondera por dicho Lorenço de Castro y sus Abogados, q̃ el legado annuo no se trãsmite, quoniã videtur relictũ in causam alimentorum, la qual parece igualmente en el contracto annuo, Antonio Gomez, supra num. 46. in fine, rationem disparitatis esse affirmat, quia legatum relinquitur ob benemerita legatarij. l. nec adiecit pro socio, & ideo extinguitur morte benemerentis legatarij: in contractu autem solùm verba expectantur. l. quidquid adstringend. de verb. vnde merito stipulatio annua censetur vna perpetua & transitoria ad hæredes: conque se conoce ser la diferencia conocida.

57 Y aunque con lo dicho quedaua de todo pũto satisfecho este Articulo, con todo se apoya su verdad manifiesta, conque el animo de Lorenço de Castro en toda la dicha promessa, no fue mas

mas que no querer en vida dar quãtia tan considerable, y pagar en el interim los reditos en cada vn año, que correspondian al capital prometido de los veinte mil ducados a razon de a veinte, que hazen los mil que en cada vn año le prometiò y esta promessa, es vna perpetua y transmissible, en el qual caso aun el legado annuo hecho exonerãdi hæredis gratia, para q̃ no pagassen vna suma grande jũta, sino diuidida en pagas, es transmissible ad hæredes: doctrina elegante de Cuiacio in rubrica de annuis leg. circa finem, que expressamente se prueba ex. l. si cum præfinitione. 20. vers. *Si vero quando dies legati cedat*, & in. l. nec semel 12. in fine eodem tit. Quanto mas cierto serà en vn contracto annuo, que por su naturaleza, como va probado, es transmissible a los herederos, el qual le hizo el dicho Lorenço de Castro en su fauor, para exonerarse de no pagar veinte mil ducados jũtos, cuya paga difiriò despues de sus dias, y de su muger, teniendo por mas vtil el dar mil ducados cada vn año en su vida, que corresponde a razon de a veinte conforme a la prematica Real a los dichos veinte mil ducados, que no se le pueden pedir hasta despues de sus dias y de su muger: doctrina que parece â fortiori no tener satisfacion.

58 Y si se opusiere que los dichos mil ducados en cada vn año no se pueden deber por reditos q̃ corespõdan a los veinte mil ducados por no auer dinero de presente, y cõforme a derecho, y a los Motus proprios de Pio Quinto, y de la Estrauagante de Martino, de empt. & vendit. y de Calixto en el mismo titulo, y q̃ por no auerla auido, no puede entenderse que se señalaron por reditos de los veinte mil ducados en que era deudor el dicho Lorẽço de Castro despues de sus dias y de su muger. Se responde, que en estos Reynos no estan admitidos los dichos Motus proprios y Extrauagantes, antes suplicado de ellos a instancia del Fiscal de su Magestad, y por ley Real practicada y recebida en todos los Tribunales de qualquier deuda que se deba, se puede constituir tributo y redito en fauor del deudor para no pagarla apremiado: luego aunque no interuenga dinero de contado, vt habetur in. l. 10. tit. 15. lib. 5. Recopil. lo qual es mucho mas cierto quando la deuda es annual, aunque fuera por via de alimentos, vt in terminis tenent Matienço in. l. 2. tit. 9. lib. 5. Recopi. glos. 1. num. 32. Auend. de censib. cap. 38. num. 1. versic. *Quod tamen*, Gaspar Rodriguez lib. 1. de annuis redditibus, quęstione. 13. n. 3. ad

3.ad fidem, Azeuedo in lege.10.tit.15.lib.5.Recopilat.num.4. conque este escrupulo no lo es, y queda satisfecho bastantemẽte al fundamento en contrario ponderado, aduirtiendose que en las capitulaciones no se señalò por alimentos la quantia de los dichos mil ducados sino ex causa onerosa, para que el matrimonio tratado tuuiesse efecto, y que ya que no querian dichos Lorenço de Castro ni su muger descarnarse de veinte mil ducados exonerandi causa para sustẽtar las cargas del matrimonio, que podia durar muchos años viuiendo, pues en tanto tiempo no pagandole los mil ducados por via de reditos que rindieran los veinte mil, si se los diera luego no tenian de que alimẽtarse.

Fundamenti tertij euasio, secundi Articuli.

59 Bien pudieramos escusar satisfazer a este fundamento con lo que queda dicho en los numeros vltimos del precedente, porque supuesto que todo el se funda en dezir, q̃ lo prometido en cada vn año en la capitulacion matrimonial fue vn legado annuo de mil ducados, en el interim que viuian Lorenço de Castro y su muger, que se auia de pagar el capital de los dichos veinte mil ducados, y que como legado annuo en naturaleza de alimentos dexados a cierto tiempo cũplido se acaba, y no passa a los herederos, ex .l. si cum prefinitione.20.quando dies legati cedat, siendo vn supuesto no cierto, por ser vna promessa hecha por contracto reciproco entre partes, y q̃ de parte de Doña Maria de Guzman se cumpliò con casarse aun con lo que tiene de annuo es vno perpetuo, y q̃ passa a los herederos, tanto mas con que se conoce que esta promessa fue por aliuio de los dichos Lorẽço de Castro y su muger, por no pagar luego veinte mil ducados, y dilatar su paga hasta despues de sus dias, constituyendo vn genero de tributo, ò interesses de lucro cessante, ò damno emergente, que correspondiesse en la quantia a los dichos veinte mil ducados, como largamente en dichos numeros dexamos probado, a que nos remitimos.

60 Los lugares de Lara in.l.si quis à liberis, §.non tantum, nu. 65.de lib.agnosc. y el de Surdo de alimẽtis, tit.4.quæst.4. &5. no son deste caso, porque claro està que prometiẽdose por dote alimentar hija y yerno, que acabado el matrimonio fenece la obligacion, limitada en tanto grado, que ni a los hijos del tal matri-

matrimonio muertos los padres dotados, no passa esta obligacion de alimentarlos, vt ipse Lara ibi defendit ex num. 66. cum sequentibus. Pero esto no es del caso, porque en nuestro pleyto el dote prometido no fueron alimentos, sino veinte mil ducados de la data, la paga despues de los dias de la vida de los dichos Lorenço de Castro y su muger, y en el interim por via de reditos, ô interesses, conque las cargas del matrimonio se ayudassen, los dichos mil ducados en cada vn año. Y para que se conozca esta diferencia ser tan cierta, la parte cõtraria en este fundamento, num. 72. admite que al hijo que oy ha quedado nieto de los litigantes, por su parte sucede en la rata de los dichos mil ducados prometidos en cada vn año, lo qual en el caso de Lara no admite, vt proximè dictum est, y con razon conocida lo vno y otro.

61 Queda solo de satisfazer en este fundamento a lo que pondera Lorenço de Castro en el num. 72. de su alegacion, diziẽdo, que aunq̃ la rata de los dichos mil ducados de cada vn año tiene su nieto viuo derecho a ello, pero no D. Frãcisco de Guzman abuelo materno de los dos nietos difuntos, y su heredero forçoso: y para esto sus Abogados ponderan la ley Seyo. 10. de annuis legat. ponen su specie y palabras. A que se satisfaze breuemente con la disparidad de los casos, y la verdadera y comũ inteligencia de aquel texto en la disparidad, porque en aquel texto fue legado annuo, y sub conditione agendi negotia filiorum el que dexò el padre al Procurador, o Agente: en nuestro caso es contrato puro y perfecto, dilatada solo la paga para la muerte de los dotadores, como en los principios deste papel estâ fundado: mas en aquella decision el padre instituyò tres hijos por iguales partes, y al Seyo Agente que en su vida auia solicitado, y procurado sus negocios, le dexò vn tanto cada año porq̃ prosiguiesse en lo mismo. Dize el Consulto, que si los dos hijos muriessen dexando herederos estraños, conque las dos partes del Patrimonio se auiã enagenado, y por ellas cessado el trabajo del solicitador, solo pueda pedir la tercera parte del legado q̃ corresponde al trabajo, cum tam labor, quàm pecunia diuisionẽ reciperent: pero en nuestro caso los mil ducados prometidos en cada vn año fueron por reditos de los veinte mil ducados q̃ de capital prometiò, y fue deudor dicho Lorenço de Castro

desde el dia que los prometiò, y solo fue por exonerarse de pagarlos luego de contado, y dilatar la paga para despues de sus dias y de su muger, y en tal caso fue la obligaciõ perpetua y trásitoria ad quoscumque hæredes, como queda con tantos textos fundado en los vltimos numeros del fundamento precedente.

62 Y esto se haze mas llano y sin duda, estando en el entendimiẽto cierto de aquella decision, que naciò de q̃ la cõdicion puesta al legado annuo hecho a Seyo, si cuydasse y tratasse los negocios de sus hijos como auia tratado los suyos, fue puesta en fauor de los hijos, no de Seyo legatario, vt patet, y en tal caso faltò cõ la muerte de los hijos: pero si estuuiera en fauor del legatario mismo, no faltàra aunque los hijos murieran dexãdo herederos estraños. Bona iura in .l. annua .20. adonde a vn legatario se le dexò vna quantia annual si viuiesse con su madre, a quiẽ dexaua instituyda ex tertia parte. Muriò la madre, pregunta el Consulto, si se deberà el legado annuo? Y dize Scæbola, que si, porque la condicion aqui de habitar fue puesta en fauor del legatario, y assi mortua matre non finitur: idem in .l. Gayo. §. 1. l. stichus. §. vltimo de alimentis legat. l. 1. C. de legatis, melior text. in .l. si pater. C. de instit. & substi. ita post. Acc. Bartolum, Castrensem, & alios in. d. l. Seyo, & in. l. in testamento, de condit. & demonst. Baldus in. l. si pater, Cuiatius in recitationibus posth. ad dict. l. Seyo, & tract. 2. ad Africanum in. d. l. in testamento, Benedictus Pinellus lib. 2. select. cap. 5. ex num. 12. Esto mismo sucede aqui en el contracto y promessa de dote, que no fue en fauor de tercero alguno, sino en fauor de los mismos dotados, con que ha de ser perpetua y transitoria ad quoscumque hæredes etiam extraneos, pues el matrimonio, q̃ fue la causa, tuuo efecto, y se purificò en el capital y reditos la condicion. De la suerte que en la dicha ley in testamento. 31. de condit. & demonstrat. si se casaran Sticho y Pamphila, aunque dexarã herederos estraños, vt Doctores ibi vno ore fatentur, y es sin duda.

Ad vltimum Articulum.

63 PAra que con toda precision en este Articulo procedamos, y se dè claramente a entender estar obligado Lorenço de Castro a la caucion que por sentencia se le mandò dar, se bueluc a la memoria lo que està repetido tantas vezes en este discurso,

discurso, que la paga de los veinte mil ducados, que està conferida para despues de la muerte de los dichos Lorenço de Castro y su muger, no haze condicional el contracto, sino que se dilata la paga. Este es principio decisiuo de la ley si pupilus .9. §. 1. de nouation. cum multis traditis à Doctoribus ibi, y en este discurso exornadas: y assi lo que pagasse Lorenço de Castro de estos veinte mil ducados antes de su muerte, no lo pudiera repetir, por ser debidos etiam ante eius obitum, y solo dilatada la paga, l. in diem. 10. de condict. indebiti, la qual doctrina queda muy firmemente apoyada supra en esta alegacion en el punto indiuidual de la promessa hecha post mortem. Esto assentado, que en derecho es llano, es cierto que debe fideiussoribus & hypothecis Lorenço de Castro dar caucion de la paga de esta promessa, segun y como està condenado: nam id quidem semper agit Legislator quãtum potest, vt res in tuto collocetur. l. quoties. 12. de rebus dubijs. l. quoties. 80 l. si ita stipulatus. 126 §. Chrisogonus de verb. porque en otra manera de que le venia à importar a Don Francisco de Guzman tener acción tan cierta como va fundado tener contra Lorenço de Castro y su muger; y a que està condenado si al tiempo de las pagas se hallassen dissipados sus bienes? *Inanis enim est actio* (dixo el Consulto) *quam inopia creditoris excludit*. l. nam is. 6. de dolo. Y aunq̃ es cierto que es pesado buscar fiadores, y a vezes mas grauoso que el dinero, o las prendas, bonus textus in. l. 2. §. penul. hoc tit. que es el fundamento que en todo este Articulo pondera la parte contraria para escusar esta cautiõ, sin embargo son casos de textos conocidos, que le obligan a ella. l. in omnibus. 41. de iudiciis. l. quod si in diem. 16. cum similibus, de petitione hæreditatis, vbi antiquiores Barbosa in. d. l. in omnibus, & Ant. Fab. in rationali. ad eundem tex. & ad leg. quod in diem, de petit. hæredit.

64 Y aunq̃ este discurso es tã llano, procura excluyrle Lorẽço de Castro en su alegaciõ, cõ dezir, q̃ la dicha regla tã llana tiene lugar quando al obligado in diem, vel sub cõditione le sobreuienen perdidas y menoscabo de hazienda. d. l. in omnibus, ibi: *Ex iuxta causa condemnatio fit*. l. 4. vt in possessione legatorũ, lo qual dize en ninguna manera tiene probado el dicho Don Francisco de Guzman en el processo, y no se acuerda que en todas las preguntas que articulò para su probança, y escusarse de pagar, articùla las perdidas tan grandes, y diminucion que dize ha tenido

despues

despues de las dichas capitulaciones matrimoniales, articulandolas cada vna en especie, cõque estamos en la regla de la dicha ley in omnibus, sin faltarle cosa alguna, para q̃ sea precisso condenarle, como lo està, a dar la dicha cauciõ con fianças, ò hipotecas a satisfacion del dicho Don Francisco de Guzman.

65 Y lo que mas pudiera ponderar para escusar la dicha caucion, que no pondera, es la decision de la ley. 1. §. si impuberi, de collatione bonorum, adonde pidiendose al padre arrogador caució para la paga de la quarta que debe al hijo arrogado, dize que en vida no se le puede pedir por no deberla hasta despues de sus dias, vt constat ibi: *Sed hoc ita demum si iam nata est quartæ petitio, caterùm si adhùc pater viuat, dicendum est cautionem cessare*: y da la razon ibi: *Prematura est enim hæc species collationis cum adhûc viuat is, cuius de bonis quarta debetur*. Pero respondese ser especial esto en el padre arrogador, illa specialitatis ratione, secundum Acc. verbo, *Species*, quam sequuntur Doctores ibi, Costa in. l. qui duos. §. cũ in bello, de rebus dubiis, num 3. quod iniquum sit cauẽdo tractare de bonis viuentis qui non sponte, sed inuitus per legem obligaretur ad eam quartam relinquẽdam: la qual razon especial no solo no milita en nuestro caso, antes la contraria, pues Lorenço de Castro y su muger no les obligò la ley contra su voluntad, sino ellos spontaneamente se obligaron por dichas capitulaciones, y por causa de vn matrimonio tan honorifico, como se efetuò debaxo de dicha promessa: conque estamos en el caso de la dicha ley in omnibus, para no poderse escusar de dar dicha caucion, que està condenado tan justamente a dar.

Con lo qual el derecho del dicho Don Francisco de Guzman parece queda indubitable. Salva in omnibus tanti Senatus meliori censura.

Doctor Don Gregorio de Portillo.